



저작자표시-비영리-변경금지 2.0 대한민국

이용자는 아래의 조건을 따르는 경우에 한하여 자유롭게

- 이 저작물을 복제, 배포, 전송, 전시, 공연 및 방송할 수 있습니다.

다음과 같은 조건을 따라야 합니다:



저작자표시. 귀하는 원저작자를 표시하여야 합니다.



비영리. 귀하는 이 저작물을 영리 목적으로 이용할 수 없습니다.



변경금지. 귀하는 이 저작물을 개작, 변형 또는 가공할 수 없습니다.

- 귀하는, 이 저작물의 재이용이나 배포의 경우, 이 저작물에 적용된 이용허락조건을 명확하게 나타내어야 합니다.
- 저작권자로부터 별도의 허가를 받으면 이러한 조건들은 적용되지 않습니다.

저작권법에 따른 이용자의 권리는 위의 내용에 의하여 영향을 받지 않습니다.

이것은 [이용허락규약\(Legal Code\)](#)을 이해하기 쉽게 요약한 것입니다.

[Disclaimer](#)

법학석사 학위논문

인권조약의 자동승계에 관한 고찰

2017 년 8 월

서울대학교 대학원
법학과 국제법 전공
박 소 민

초 록

제2차 세계대전 이후 진보를 거듭한 인권에 대한 국제사회의 자각은 오늘날 국제법의 틀을 구성하는 핵심 특성 중 하나이다. 이 같은 인권의 발달은 기존 국제법 체제의 포괄적 변화로 이어졌으며, 그 중에서도 조약의 국가승계 분야에서 등장한 인권 조약의 자동승계 주장은 국제사회의 관심과 논란의 대상이 되어 왔다. 이는 인권조약의 경우 국가승계의 영향을 받지 않고 승계국에 자동 승계된다는 주장으로 요약된다. 학계 및 유엔 인권 기구를 중심으로 이를 지지하는 다양한 논의가 개진되었음에도, 국제사회는 해당 원칙의 확립여부에 대한 합의에 도달하지 못하는 상황이며, 이 같은 의견 대립은 ICJ 재판에서 첨예하게 드러났다.

본 논의는 인권조약 자동승계론에 대한 면밀한 검토와 함께 해당 원칙의 확립여부를 파악하고자 하는데 목표를 둔다. 이를 위해 제2장과 제3장에서 조약승계 일반론과 자동승계 담론을 각각 검토하였다. 특히 제3장에서는 영토적 조약 자동승계론과, 입법조약 자동승계론에 대한 분석을 토대로 인권조약 자동승계론과의 유사점 및 차이점을 도출하고자 하였다.

제4장에서는 관련 국제 재판소 판례를 검토하였다. 대표적으로 ICJ의 *Bosnian Genocide Case*와 *Croatian Genocide Case*를 통해 인권조약 자동승계에 대한 보다 깊이 있는 논의를 진행할 수 있었다. 뿐만 아니라, 인권조약 자동승계 지지 의사를 표명한 ICTY와 ECHR 판례를 통해, 향후 해당 담론의 발전 가능성을 확인하였다.

제5장에서는 마지막으로 국가실행을 검토했다. 앞선 이론 및 판례 연구가 해당 원칙의 확립여부에 대한 명확한 해답을 제공하지

못하는 시점에서, 국가실행 검토가 주는 시사점은 매우 크다고 할 수 있었다. 시간적으로, 해당 담론이 활발히 논의되기 시작한 1990년대 이후로 발생한 독일, 소련, 유고슬라비아의 승계 사례를 대상으로 삼았다. 하지만 이들의 조약 승계 과정에서 인권조약에 따르는 특별한 처우를 발견하기란 쉽지 않았다.

이를 토대로 결론에서는 인권조약 자동승계론의 확립여부를 판단하고, 더 나아가 현재 논의의 한계와 발전방향을 제시하고자 했다. 특히, 대상 조약 범주가 불분명하고, 자동승계 메커니즘에 대한 법률적 설명이 부족하며, 개별 승계 상황에 대한 고려가 미비하다는 점에서 이론적으로 상당부분 보완되어야 할 것이다. 해당 원칙의 확립에 있어 가장 큰 쟁점이 국가 주권과의 충돌임을 고려할 때, 향후 보다 현실적 측면에서의 해당 담론의 보완이 요청된다.

주요어 : 인권조약, 자동승계, 조약의 국가승계에 관한 비엔나 협약, 보스니아 제노사이드 사건, 국가 실행

학 번 : 2015-21416

목 차

제 1 장 서 론.....	10
제 1 절 연구의 배경과 목적	10
제 2 절 연구의 범위와 방법	14
제 2 장 조약의 국가승계	15
제 1 절 이 론	16
I. 보편적 승계 이론.....	16
II. 백지출발주의	18
제 2 절 1978년 비엔나 협약	21
I. 협약 채택 과정	21
II. 주요 원칙	22
가) 영토 일부의 승계.....	22
나) 신생독립국	23
다) 국가통합과 분리	24
III. 평가.....	25
제 3 장 자동승계.....	27
제 1 절 영토적 조약 자동승계.....	28
I. 전통적 논의	29
II. 조약법상 논의	30
III. 1978 년 비엔나 협약	32
제 2 절 입법조약 자동승계.....	34
I. 학계 논의	35
가) 입법조약 정의.....	35
나) 자동승계	41
II. 1978 년 비엔나 협약 채택 과정 논의	43
다) Vallat의 보고서	44

라)	최종초안 주석	45
마)	유엔 전권대표회의	46
바)	검 토	49
제 3 절	인권조약 자동승계	51
I.	학 설	51
II.	유엔 기구 의견	54
제 4 절	소 결	58
제 4 장	국제 재판소 판례	60
제 1 절	사건 배경	60
I.	구유고 해체	60
II.	신유고의 법적 지위	61
제 2 절	<i>Bosnian Genocide Case</i>	66
I.	잠정조치	67
가)	ICJ 당사국 여부	68
나)	제노사이드 협약 당사국 여부	69
①	신유고	69
②	보스니아	71
II.	선결적 항변 단계	73
가)	다자조약승계의 국제관습법	74
나)	승계통고의 효력	77
다)	인권조약 자동승계	79
III.	선결적 항변 판결	85
IV.	인권조약 자동승계 개별의견	88
가)	찬성의견	88
①	국가주권	90
②	제노사이드 협약의 특별한 성격	92
③	자동승계의 필요성	94
④	영토적 조약 자동승계와의 유추	96
나)	반대의견	97
제 3 절	<i>Croatian Genocide Case</i>	99

I.	신유고의 ICJ 당사국 여부	100
가)	이전 사건.....	100
①	<i>Application for Revision Case</i>	100
②	<i>Legality of Use of Force Case</i>	103
③	<i>Bosnian Genocide Case</i> 본안 판결	106
나)	<i>Croatian Genocide Case</i>	108
다)	검 토	110
II.	신유고의 제노사이드 협약 당사국 여부.....	111
가)	1978년 비엔나 협약의 적용	111
나)	1992년 4월 27일 선언의 효력	114
다)	인권조약 자동승계	115
라)	선결적 항변 판결	118
제 4 절	그 외 국제 재판소 판례	121
I.	<i>Čelebići Case</i>	121
II.	<i>Bijelić Case</i>	126
제 5 절	소 결	129
제 5 장	국가 실행	130
제 1 절	독일 통일	131
제 2 절	소련 분리	137
I.	소련과 러시아의 동일성.....	137
II.	발트 3 국.....	140
III.	독립 국가 연합.....	142
가)	우크라이나와 벨라루스	143
나)	CIS 9개국	145
제 3 절	유고슬라비아 해체	147
I.	신유고의 조약승계	148
II.	그 외 국가들.....	149
제 5 절	소 결	153
제 6 장	결 론.....	155
참고 문헌	160

부 록	175
[표 1] 독일.....	175
[표 2] 소련 1 (발트 3국)	176
[표 3] 소련 2 (우크라이나, 벨라루스)	177
[표 4] 소련 3-1 (CIS 4개국)	178
[표 5] 소련 3-2 (CIS 5개국)	179
[표 6] 유고슬라비아.....	180
Abstract.....	181

약 어

<문헌 및 명칭>

구유고: 유고슬라비아 사회주의 연방공화국 (Socialist Federal Republic of Yugoslavia).

신유고: 유고슬라비아 연방공화국 (Federal Republic of Yugoslavia).

제노사이드 협약: 제노사이드 방지와 처벌에 관한 협약 (Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide).

1978년 비엔나 협약: 조약의 국가승계에 관한 비엔나 협약 (Vienna Convention on Succession of States in Respect of Treaties).

CAT: 고문 방지 협약(Convention Against Torture).

CIS: 독립 국가 연합(Commonwealth of Independent States).

HRC: 유엔 자유권규약 위원회 (Human Rights Committee).

ILC: 유엔 국제법 위원회 (UN International Law Commission).

ILO: 국제노동기구 (International Labor Organization).

OPICCCPR: 시민적 정치적 권리에 관한 국제 규약 선택 의정서 (Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights).

YBILC: Yearbook of the International Law Commission.

ICJ: 국제 사법 재판소 (International Court of Justice).

ICTY: 구유고 국제 형사 재판소(International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia)

ECHR: 유럽 인권 재판소(European Court of Human Rights)

<판례>

Application for Revision Case: Application for Revision of the Judgment of 11 July 1996 in the Case concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia).

Bosnian Genocide Case: Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro).

Croatian Genocide Case: Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Yugoslavia).

Bijelić Case: Case of Bijelić v. Montenegro and Serbia, ECHR Application No. 11890/05.

Čelebići Case: Čelebići Case, Prosecutor v. Delalic et al., 2001 ICTY Case No. IT-96-21-A.

제 1 장 서 론

제 1 절 연구의 배경과 목적

제2차 세계대전 이후 인권의 중요성에 대한 국제사회의 자각은 상당한 진보를 거듭해왔다. ‘세계인권선언(Universal Declaration of Human Rights)’에 선언된 권리들은 두 국제인권규약(International Covenant on Civil and Political Rights; ICCPR, International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights; ICESCR)을 통해 확장되고 정교해졌으며, 유럽, 미주 대륙, 아프리카 등지에서 다양한 지역적 인권 기구가 등장했다. 이 외에도 특정 권리들은 고문과 같은 단일 주제나 여성, 아동, 난민 등의 특정 주권 보유자들을 다루는 협약을 통해 발전했다.¹

이 같은 인권의 발달은 기존 국제법 체제의 포괄적 변화로 이어졌다. 대표적으로, 대세적 의무(*erga omnes*) 및 강행 규범(*jus cogens*) 개념의 등장은 국제법 규범의 위계 및 구조 변화에 주요한 역할을 했으며, 조약법 분야에서는, 조약의 적용 및 효과를 규율하는 일반 원칙이 인권조약이란 특정 범주를 다루는 경우 수정 또는 무시되어야 한다는 주장이 제기되었다.² 이 외에도 인도적 개입

¹ Higgins, Rosalyn, "Human rights in the International Court of Justice", *Leiden Journal of International Law*, Vol. 20 (2007), p. 745.

² 참고: Simma, Bruno, "How Distinctive Are Treaties Representing Collective Interest? The Case of Human Rights Treaties", in Gowlland-Debbas, Vera (ed.), *Multilateral Treaty-Making: The Current Status of Challenges to and Reforms Needed in the International Legislative Process* (Springer, 2000); Craven, Matthew C. R., "Legal differentiation and the concept of the human

(Humanitarian Intervention) 및 보호책임(Responsibility to Protect) 등의 개념을 중심으로 인권침해를 방지하기 위해 타국의 무력 개입을 허용하는 논리들도 등장하였다.³

그 중에서도 조약의 국가승계 분야에서 등장한 인권조약의 자동승계 주장은 관심과 논란의 대상이 되기에 충분했다. 이는 조약승계의 일반론과는 상당히 구분되는 입장으로, 선행국이 당사국이었던 ‘인권조약’의 경우 국가승계의 영향을 받지 않고 승계국에 자동승계 되어야 한다는 주장으로 요약된다. 인권조약의 경우 국가 간 상호적 약속을 포함할 뿐 아니라 국가 관할권에 속하는 개인의 권리 및 자유를 포함하므로, 이러한 권리와 자유는 승계국이 자유로이 제거할 수 없다는 내용이 핵심이다.⁴

‘조약의 국가승계에 관한 비엔나 협약(Vienna Convention on Succession of States in Respect of Treaties: 1978년 비엔나 협약)’에선 이와 관련된 별다른 규정이 없지만, 이는 1990년대 이후 학계를 중심으로 활발하게 논의되기 시작하였다. 또한, 유엔 자유권 규약 위원회(Human Rights Committee: HRC)를 포함한 유엔 인권 기구들의 역할도 두드러졌다. 특히 HRC는 북한의 ICCPR 탈퇴와 유고 사태가 진행중인 과정에서 ICCPR과 같은 기본조약은 해당영토에 부착되어 주민에게 계속 귀속된다는 입장을 취했다.⁵ 이러한 입장은 이후 ‘제노사이드 방지와 처벌에 관한 협약 (Convention

rights treaty in international law", *European Journal of International Law*, Vol. 11, No. 3 (2000), p. 490.

³ GA Resolution, UN Doc. A/RES/60/1 (16 September 2005), paras. 138-139.

⁴ Mullerson, Rein, "The Continuity and Succession of States, by Reference to the former USSR and Yugoslavia." *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 42 (1993), pp. 490.

⁵ Human Rights Committee, General Comment No. 26, UN. Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.8/Rev.1 (1997).

on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide: 제노사이드 협약) ’ 의 적용과 관련된 ICJ 판결에서 등장한 Weenamantry 및 Shahabuddeen 판사 등의 개별의견과도 맥락을 같이하였다.

하지만 이 같은 주장이 국제사회를 규율하는 원칙으로 확립되었는지의 여부에 있어서는 좀처럼 합의가 이뤄지지 않는다. 특히 인권조약의 자동승계는 신생국의 주권이라는 민감한 문제와 맞닿아 있다는 점에서 많은 비판의 여지가 있었다. 실제로 학계와 국가들의 주장 및 실행을 통해 이에 대항하는 수 많은 반론이 제기되었으며, 이러한 의견 대립은 ICJ를 포함한 다양한 국제 재판소에서 첨예하게 드러났다.

인권조약의 자동승계 논의는 입법조약의 자동승계에서 그 시작을 찾을 수 있다. 1950년대부터 Jenks를 중심으로 입법조약의 경우 신생국에 자동 적용되어야 한다는 이른 바 입법조약의 자동승계 논의가 개진되었고, 이러한 논의는 곧 개인에게 권리를 수여하는 인권조약의 자동승계로 확장되었다. Mullerson, Shachter, Kamminga 등이 그 선두에 있었으며, 이들은 인권조약의 특징 및 처분적 조약과의 유추 등을 통해 인권조약이 자동승계 된다고 주장했다.⁶ 국내에서는 인권조약 자동승계론의 찬반 논의를 검토하고 통일한국에의 시사점을 제시한 이규창의 논의를 대표적으로 꼽을 수 있다.⁷

하지만 이러한 논의는 인권조약 자동승계의 확립유무를 판단할 만한 포괄적 연구가 되지 못한다는 한계를 지닌다. 특정 원칙의 확

⁶ Mullerson, Rein, *supra* note 4; Shachter, Oscar, “State Succession: The Once and Future Law” , *Virginia Journal of International Law*, Vol. 33 (1992-3); Kamminga, Menno T., “State Succession in Respect of Human Rights Treaties” , *European Journal of International Law*, Vol. 7 (1996).

⁷ 이규창, “국제인권 조약 자동승계론에 관한 연구: 남북통일과 관련하여” , 통일정책연구, 제16권 제2호 (2007).

립유무를 판단하기 위해서는 국제사회의 법적 확신 및 국가 실행이 포괄적으로 검토되어야 한다. 하지만 이를 지지하는 Mullerson, Shachter, Kamminga 등의 논의는 이론적 정당화에 치우쳐있으며, 독일의 승계 사례는 포함되지 않는 등 찬성 논리에 부합하는 실행만 선택적으로 분석하고 있다.⁸ 관련 국내 연구는 그 수가 매우 적을 뿐 아니라, 외국의 논의를 정리하는 수준에 머물러 있다는 점에서 해당 논의에 대한 건설적 연구가 미비한 상황이다. 실제로, 인권조약 자동승계에 대한 언급이 다수의 국내외 교과서에서 확인되지만, 이들 역시 해당 원칙의 확립여부에 대한 명확한 답을 제공하지 않는다.⁹

이 같은 문제의식 속에서, 본 연구는 1990년대 이후 부상하기 시작한 인권조약 자동승계 주장이 국제사회를 규율하는 원칙으로 확립되었는지의 여부를 확인하는데 목적을 둔다. 산발적으로 흩어져 있는 이론적 논의, 관련 판례 및 실행까지 포괄적으로 검토한다면 해당 원칙에 대한 보다 객관적 판단을 시도할 수 있을 것이라 기대한다. 이는 좀처럼 합의점을 찾지 못하는 해당 분야의 논의를 보다 분명히 하는데 도움을 줄 것이다.

⁸ 이에 대한 보다 자세한 논의는 해당 연구 ‘제3장 자동승계’의 ‘제3절 인권 조약 자동승계’ 중 ‘I. 학설’을 참고하라.

⁹ Shaw는 해당 원칙이 일반 원칙으로 확립되었는지의 유무는 현재 시점에서 불명확하다고 설명한다 (Shaw, Malcolm N., *International Law*, 7th ed. (Cambridge University Press, 2014), p. 713.); Cassese는 인권조약의 계속 적용과 관련된 일반 규칙이 점차 발전하고 있는 것처럼 보인다고 서술한다. (Cassese, Antonio, *International Law*, 2nd ed. (Oxford University Press, 2005), pp. 78-9.); 국내 교과서로는 정인섭, 『신국제법강의 제5판』 (박영사, 2014), 560-1쪽과 김대순, 『국제법론』, 제18판 (삼영사, 2015), 1152-3쪽을 참고하라.

제 2 절 연구의 범위와 방법

상기 목적을 달성하기 위해, 본 연구는 다음 네 가지 연구범위를 상정한다. 첫째는 조약승계 일반론이다. 인권조약 자동승계가 조약승계에서 적용되는 특별원칙임을 염두에 둘 때, 조약승계 일반론에 대한 개괄적 검토가 선행되어야 할 것이다. 보다 구체적으로는 승계의 핵심 이론과 1978년 비엔나 협약에 대한 검토를 통해 조약승계의 기본 원칙 및 이에 대한 평가를 살펴볼 것이다.

다음은 자동승계 원칙이 확립 또는 제기되고 있는 조약범주를 검토할 것이다. 첫째는 영토적 조약으로, 국경조약과 기타 영토적 조약이 포함되며, 후자가 갖고 있는 범주의 불명확성에도 불구하고 국경조약과 기타 영토적 조약 모두 국제관습법상 자동승계 대상으로 확립되었다는 평가가 다수이다. 다음은 입법조약 자동승계 주장이다. 이는 1978년 비엔나 협약 채택 과정에서 활발하게 논의되었지만, 채택되지 않았으며, 여전히 논의되고 있는 주장이라고 할 수 있겠다. 맥락을 같이 하는 ‘보편적 조약’의 자동승계 주장 역시 이에 포함하였다. 마지막으로 인권조약 자동승계 주장을 검토한다. 이를 통해, 인권조약 자동승계 논의가 등장하게 된 배경 및 기존 논의와의 연관성을 포함하는 여러 시사점이 도출될 것으로 기대한다. 특히 인권조약 자동승계의 논리적 근거를 추적함으로써, 이러한 근거가 국제법 원칙에 부합하는지 등의 문제를 검토할 것이다.

다음은 관련 국제 판례 검토이다. 인권조약 자동승계 문제를 포함한 다자조약승계 문제가 재판의 핵심 쟁점으로 등장한 ICJ의 *Bosnian Genocide Case*와 *Croatian Genocide Case*가 주된 연구의 대상이며, ICTY와 ECHR의 사건도 포함하였다. 특히 양 당사자의 다자조약승계에 대한 입장 차이와 판사들의 개별의견을 포함한 재판소의 입장 검토를 통해, 인권조약 자동승계 확립여부에 대한 단서를 발견할 수 있으리라 기대한다.

마지막은 국가 실행 검토이다. 1990년대 이후 발생한 국가승계 사건들 중 독일 통일, 소련 분리, 유고슬라비아 해체 사례를 선택했

으며, 이들의 인권조약 승계 실행이 주 연구 대상이다. 국가승계 실행이 매우 드물게 발생하고, 인권조약 자동승계에 대한 학계의 의견이 엇갈림을 고려할 때, 실행 분석이 주는 함의는 그 시사점이 매우 클 것이다.

제 2 장 조약의 국가승계

국가승계는 한 영토에 대한 기존의 주권이 타국으로 이전되는 상황에서 발생한다. 영토에 대한 주권의 변동으로 인해 발생하는 국제법적 문제를 규율하는 국가승계법 분야는 무엇보다 개별 상황의 정치적 맥락 속에서 해석되고 다루어져 왔다. 따라서 이에 대한 일관적인 규칙의 발견이 매우 어려운 분야이다. 같은 맥락에서 국제법 학자 Brownlie는 국가승계 분야를 다음과 같이 소개했다.

“국가승계는 엄청난 불확실성과 논란의 분야이다. 이는 대부분의 국가 실행이 불분명하며, 특별 협정 및 승계 유형과는 별도로 다양한 규칙에 의존해야 설명될 수 있기 때문이다. 실로, 아직 많은 수의 확립된 법 규칙이 등장하지 않았다고 볼 수 있다”¹⁰

이 같은 국가승계 분야의 불명확성은 곧 이를 해석하는 다양한 이론들의 경쟁적 병존으로 이어졌다. 상당기간 동안 학계는 국가승계 분야의 법 원칙들을 설명하기 위해 등장하는 다양한 이론들을 마주해왔으며, 그 이론적 극단엔 보편적 승계 이론과 백지출발주의가 있었다.

¹⁰ Brownlie, Ian, *Principles of Public International Law*, 7th ed. (Oxford University Press, 2008), p. 650.

제 1 절 이 론

보편승계 이론은 로마법에 따른 상속 개념과의 유추에 기반한다. 반면 백지출발주의는 보다 조약법 중심적 시각에 입각하여 승계국¹¹이라 할지라도 기존 선행국¹²의 조약관계에서 자유로울 수 있다는 입장을 견지한다. 두 이론적 대립은 조약승계에 관한 다양한 주장을 꿰뚫는 틀로서 유용한 역할을 감당해왔다.

I. 보편적 승계 이론

로마법상 유언에 의한 상속과의 유추에 기반하는 보편적 승계 이론은 상속인(*heres*)이 법률에 의해(*ipso jure*) 고인의 인격 및 법률 관계를 계속하는 방식으로 국가승계에 접근한다. 즉, 승계국은 선행국의 인격 및 법률 관계의 직계상속인(*direct heir*)으로 간주된다. 이 같은 로마법과의 유추는 근대 국제법의 아버지라 불리는 Grotius로부터 시작되어, Pufendorf, Vattel 등의 저명한 학자들에 의해 수용과 발전을 거듭해왔다.¹³

하지만 한때 각광을 받던 이 이론도 상당한 반대에 부딪히게 되었다. 이는 로마법과의 유추라는 해당 접근법의 이론적 기반의 근

¹¹ 승계국이란 국가승계의 발생에서 다른 국가를 대체한 국가를 의미한다. (1978년 비엔나 협약 제2조 1항 (d)).

¹² 선행국이란 국가승계의 발생에서 다른 국가에 의하여 대체된 국가를 의미한다. (1978년 비엔나 협약 제2조 1항 (c)).

¹³O' Connell, Daniel P., *The Law of State Succession* (Cambridge University Press, 1956), pp. 6-7.

본적 결함에서 기인했다. 개인의 죽음과 국가의 소멸을 동일시하는 로마법상 상속과의 유추는 국가를 의인화(personification)하는 경향 속에서 더욱 더 발전해왔다.¹⁴ 하지만, 개인과 국가를 동일한 ‘인격체’로 볼 수 있느냐의 문제에 있어, 실존하는 인격체인 개인은 결코 가상의(fictional) 인격체인 국가와 동일시 될 수 없다는 비판이 제기되었고, 로마법과의 유추는 설명을 돕기 위한 비유의 역할 그 이상으로 볼 수 없다는 평가가 잇따랐다.¹⁵

실제로도, 로마법상 상속이 발생하는 상황, 곧 개인의 죽음은, 실제 국가승계의 상황과 동일시 될 수 없을 것이다. 우선, 개인의 상속은 고인의 죽음을 전제로 한다. 하지만 국가승계는 반드시 선행국의 소멸을 전제로 한다고 볼 수 없다. 이는 선행국의 법인격이 완전히 소멸하는 해체(dissolution) 외에도, 국가 분리(separation or secession), 국가 통합(uniting of states), 일부 영토의 이전 등이 국가승계 사례에 포함되기 때문이다. 따라서 피상속인의 죽음을 전제로 하는 로마법상 상속과는 분명한 차이가 존재한다.¹⁶

¹⁴ Lee, Keun-Gwan, *The Law of State Succession in the Post-Decolonisation Period with Special Reference to Germany and the Former Soviet Union*, Ph. D. dissertation, University of Cambridge (February 1998), pp. 12-3

¹⁵ O’Connell, Daniel P., *supra* note 13, p. 7.

¹⁶ Shaw는 국제법상 상속과 국내법상 상속은 구분되며, 국가 주권 및 평등, 불간섭 원칙 등이 고려되어야 하는 전자의 경우 국내법에서 주로 적용되는 보편적 승계가 적용될 수 없다고 서술한다. 또한, 로마법상 상속과의 유추 시도는 국가들의 이익과 실행에 비추어 볼 때 받아들여질 수 없다는 입장이다. 더 나아가 그는 국가 승계의 문제는 국제법상 국가의 기본적인 권리 의무를 침해하지 않으며, 선행국 주권의 이전의 결과로서가 아니라, 주권에 기반한 국제법 근본 원칙에 의해 존재한다고 설명한다(by virtue of the fundamental principles of international law and as a consequence of sovereignty and not as a result of transference from the previous sovereign).

(Shaw, Malcolm N., *supra* note 9, pp. 693-4).

이 같은 보편적 승계 이론의 한계는 정반대 이론의 부상(浮上)으로 이어졌다. 그렇게 등장한 백지출발주의는 19세기 이후 국가승계의 주류 이론으로 자리매김하였다.

II. 백지출발주의

백지출발주의(clean slate rule)는 탈 식민화 과정에서 급부상한 이론으로, 승계국이 선행국의 권리 및 의무를 계속하는 것에 반대한다. 백지출발주의의 이론적 기저에는 개별 국가의 자율성, *res inter alios acta* 원칙, 국가의 동의 원칙 등의 주권 중심적 사고가 놓여있다. 따라서 승계국은 선행국의 계약관계를 기정사실(*fait accompli*)로 수락할 수 없으며, 스스로의 문제를 결정함에 있어 자유를 누린다.¹⁷

주목할만한 점은 해당 접근법이 조약승계의 문제를 조약법 중심의 시각에서 접근한다는 점이다. 조약승계에 있어 조약법적 접근의 중요성은 일찍이 해당 분야의 저명한 학자들에 의해 강조되어 왔다. 대표적으로 ILC의 국가 및 정부의 승계에 관한 작업에서 조약의 국가승계에 관한 특별보고자(special rapporteur)로 활동했던 Humphrey Waldock은 이러한 연관성을 다음과 같이 표현했다.

“위원회는 일반 조약법의 틀 속에서 조약승계 문제를 검토할 수 밖에 없었다… 조약법의 원칙과 규칙은 여타 승계의 일반 이론에 비해 조약승계 문제에 보다 안전한 지침을 제공하

¹⁷ *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)* (이후 ‘*Bosnian Genocide Case*’로 약칭), Preliminary Objections, Separate Opinion of Judge Weeramantry, pp.642, 644-5; *ibid.*, p. 694.

는 것 같다”¹⁸

O’ Connell 또한 주권의 변화가 조약에 미치는 영향은 국가승계의 원칙이나 규칙의 등장이 아닌, 조약법과 해석의 문제라고 설명했다.

¹⁹

조약승계에 있어 조약법 역할의 중요성은 백지출발주의의 주요 이론적 기반 중 하나인 *res inter alios acta* 원칙에서 찾아볼 수 있다. 이는 타인간에 행해진 계약관계에 영향을 받지 않는다는 조약법상 원칙으로, 신생국은 제삼자(third party)간의 계약이라 할 수 있는 선행국 조약에 구속 받지 않음을 강조한다.²⁰

하지만 이 원칙 또한 반대에 부딪혔다. 국가승계를 승계국의 선행국 영토에 대한 주권의 확장으로 이해한다면, 국가승계는 곧 특정

¹⁸ Yearbook of the International Law Commission(이후 YBILC로 약칭), 1968, Vol. I, Doc. A/CN.4/SER.A/1968, p. 131, para. 52.

해당 부분 원문은 다음과 같다.

“the Commission could not do otherwise than examine the topic of succession with respect to treaties within the general framework of the law of treaties ... the principles and rules of the law of treaties seemed to provide a surer guide to the problems of succession with respect to treaties than any general theories of succession”

¹⁹ O’ Connell, Daniel P., *supra* note 13, p. 15.

²⁰ 대표적으로 Castrén은 한 국가가 해체되어 새로운 국가들이 탄생할 때, 기존 국가의 조약은 무효(null and void)가 되며, 신생국에 어떠한 영향도 주지 않는다고 설명했다. (E. Castrén, "Obligations of States Arising from the Dismemberment of Another State", Zeitschrift fur auslandisches offentliches Recht und Volkerrecht, 1950-1951, Vol. 13, p. 754, *Bosnian Genocide Case*, Preliminary Objections, Separate Opinion of Judge Weeramantry, pp. 644-5에서 재인용).

영토 내에서의 최상의 법적 권한인 주권의 변화 그 이상을 의미 하지 않기 때문이다. 따라서 주권을 제외한 영토, 국민, 기존의 법률 관계들은 영향을 받지 않고 존속하게 되므로, 승계국이 기존의 법률 관계에 책임을 지는 것이 승계국 주권 확장에 부합한다는 비판이 제기되었다.²¹

국가승계를 설명하는 다양한 이론들 중 핵심이라 할 수 있는 보편적 승계 이론과 백지출발주의를 검토한 결과 양 이론은 논리적 기반에서부터 접근방식까지 확연한 차이를 보였다. 이 같은 두 이론의 대립은 향후 구유고 제노사이드 관련 ICJ 사건들에서도 확연히 드러났다.²² 하지만 두 이론 어느 쪽도 조약승계의 현상을 명확히 설명할 수 없다는 점에선 공통적이었다.²³

이같이 명쾌한 해답이 부재한 국가승계 분야에서도 성문화(codification) 시도가 등장하기 시작했고, 그 선두에는 유엔 국제법 위원회(UN International Law Commission: 이하 ILC)²⁴가 있었다. 다음으로는 조약승계 분야의 결과물인 1978년 비엔나 협약의 채택 과정 및 특징을 살펴볼 것이다. 이는 조약승계 분야를 이해하는 또 다른 시작이 될 것이다.

²¹ O' Connell, Daniel P., *supra* note 13, p. 9.

²² 특히 *Bosnian Genocide Case*의 사건 당사자인 신유고와 보스니아는 다자조약승계의 국제관습법이 무엇인지를 둘러싸고 첨예하게 대립했다. 보다 자세한 내용은 ‘제4장 구유고 제노사이드 사건’의 ‘제2절 *Bosnian Genocide Case*’ 중 ‘II. 선결적 항변’에서 ‘가) 다자조약승계의 국제관습법’을 참고하라.

²³ Weeramantry 판사는 보편적 승계와 전체 부정주의 양 극단 사이에 다양한 견해들이 분포해 있지만, 국제사회의 실행은 이 양극단 모두 모든 상황을 다루기엔 적절하지 않으며 일부 예외는 반드시 수용되어야 함을 보여준다고 주장했다. (*Bosnian Genocide Case*, Preliminary Objections, Separate Opinion of Judge Weeramantry, pp. 641-2.)

²⁴ 국제법의 성문화와 점진적 발전을 위해 유엔총회에 의해 설립되었다. (GA resolution, UN. Doc. A/RES/174(II) (21 November 1947)).

제 2 절 1978년 비엔나 협약

I. 협약 채택 과정

국가승계 분야의 성문화에 대한 요청은 1949년 ILC 제1차 회에서부터 있어왔지만, 본격적인 작업은 1960년대 착수되었다. 조약의 국가승계에 관한 특별보고자인 Humphrey Waldock은 1968년부터 1972년까지 매년 보고서를 제출하였고, 용어의 정의 등을 포함한 협약 초안(draft articles)를 작성했다. 그 중에서도 1972년에 제출한 제5차 보고서에는 처분적, 지역적 또는 속지적 조약에 적용되는 규칙 등이 포함되었다.²⁵ Waldock이 ICJ의 판사로 선출되면서, 새로운 특별보고자로 Sir Francis Vallat이 발탁되었으며, 1974년 제26차 회의에서 ILC는 Vallat의 1차 보고서를 검토하여 최종초안과 주석을 채택했다.²⁶

ILC는 최종초안을 유엔 총회에 전달하여 협약 채택을 위한 전권대표회의(conference of plenipotentiaries)의 소집을 요청했다.²⁷

²⁵ 이순천, 『조약의 국가승계』 (열린책들, 2012), 104쪽.

²⁶ YBILC, 1974, Vol. II, Part 1, Doc. A/CN.4/SER.A/1974/Add.I (Part One), p. 166, para. 43 and p. 174, para. 85.

²⁷ *ibid*, p. 174, para. 84.

해당 부분 원문은 다음과 같다.

“ At the 1301st meeting, on 26 July 1974, the Commission decided, in conformity with article 23 of its Statute, to recommend that the General Assembly should invite Member States to submit their written comments and observations on the Commission's final draft articles on succession of States in

이에 따라 1977년 4월 4일부터 5월 6일에 걸쳐 제1차 전권대표회의(UN Conference on Succession of States in Respect of Treaties)가 열렸으며, 1978년 7월 31일부터 8월 8일까지 회의가 재개되었다. 결과적으로 ILC가 제안한 최종초안의 상당부분이 수용되었으며, 대다수 국가의 찬성 속에서 ‘조약의 국가승계에 관한 비엔나 협약’이 채택되었다.²⁸

II. 주요 원칙

이렇게 채택된 1978년 비엔나 협약은 다음과 같은 주요 원칙을 포함한다. 협약은 국가승계를 “영토의 국제관계에 대한 책임이 한 국가에서 다른 국가로 대체” 되는 상황으로 정의한다(제2조). 또한, 총 4개 항목으로 국가승계의 발생 상황을 정리하여 각각에 대응하는 조약승계 원칙을 제시한다.

가) 영토 일부의 승계

첫째는 영토 일부의 승계(succession in respect of part of

respect of treaties and convene an international conference of plenipotentiaries to study the draft articles and to conclude a convention on the subject.”

²⁸ *UN Conference on Succession of States in Respect of Treaties*, Resumed Session, Official Records, Vol. II, *Summary records of the plenary meetings and of the meetings of the Committee of the Whole*, UN. Doc. A/CONF.80/16/Add.1, pp. 22, 29.

territory)이다. 이는 “어떤 국가의 영토의 일부 또는 자국 영토의 일부는 아니나 그 국가가 국제관계의 책임을 지는 영토가 타국의 영토의 일부로 되는 경우”로 설명될 수 있다(제15조).

이러한 경우 적용되는 원칙은 이른바 조약경계이동의 원칙(moving treaty-frontier rule)으로 승계되는 영토에 승계국 조약이 확대 적용됨을 의미한다. 따라서 승계국 조약을 그 영토에 적용하는 것이 조약의 대상 및 목적과 양립할 수 없거나, 또는 그 운영조건을 급격하게 변경시키지 않는 한, 선행국 조약은 효력이 중지되고 승계국 조약이 확대 적용된다(제15조). 해당 원칙은 관습국제법에 해당한다는 평가가 다수이다.²⁹

나) 신생독립국

다음은 신생독립국(newly independent state)이다. 신생독립국이란 “그 영토가 국가승계일 직전에는 선행국이 국제관계에 대한 책임을 지던 종속적 영토였던 국가”로, 1978년 비엔나 협약 상에서 상당한 특혜를 받은(preferential) 대상이라 할 수 있다(제2조). 이는 반식민주의의 흐름 속에서 신생독립국들의 민족자결성을 보호하고자 하는 국제사회의 합의에서 비롯되었다.³⁰

따라서, 적어도 이들에 있어선 다른 경우와 달리 백지출발주의에 입각한 원칙이 적용되었다. 이들은 해당 영토에 발효 중이던 조약의 효력을 유지시키거나 당사국이 되어야 할 의무를 갖지 않는다(제16조). 하지만, 독립 이후의 법의 공백(legal vacuum)을 막기

²⁹ 정인섭, 『조약법 강의』 (박영사, 2016), 340쪽.

³⁰ 참고: Lee, Keun-Gwan, *supra* note 14, pp. 45-8, Craven, Matthew C. R., *The Decolonization of International Law* (Oxford University Press, 2007), pp. 131-147.

위해, 승계통고³¹를 통한 다자조약 당사국 지위의 확립이 가능하다 (제17조).

따라서 신생독립국은 선행국 조약에 구속 받을 의무는 없지만, 원한다면 이를 승계할 권리는 갖는다. 선행국 조약에 어떠한 구속도 받지 않는다는 고전적 백지출발주의가 의미하는 완전한 단절과는 달리, 선행국 다자조약에 구속 받도록 선택할 자유를 승계국에게 부여하는 것이다.³²

다) 국가통합과 분리

마지막으로 국가통합(uniting of states)과 국가분리(separation of states)는 거의 동일한 대우가 규정되어 있다. 전자는 “두 개 이상의 국가가 통합하여 하나의 승계국을 구성” 하는 상황을 상정하며 (제31조), 후자는 “선행국이 계속 존속하는지의 여부와 상관 없이, 국가 영토의 일부(들)가 분리되어 하나 또는 그 이상의 국가를 형성할 경우”에 해당한다 (제34조).³³

³¹ 제2조 (g)는 다음과 같이 규정한다:

“승계 통고”라 함은 자구 또는 명칭에 관계 없이 다자조약과 관련하여 그 조약에 의해 구속된다고 간주되는 동의를 표시하는 승계국에 의한 통고를 의미한다.

³² 이순천, *supra* note 25, 42-3쪽, Shachter, Oscar, *supra* note 6, p. 257.

³³ 1978년 비엔나협약 상의 국가분리는 하나의 범주 안에 분리(separation)과 분열(dissolution)의 상황을 모두 가정하고 있는 것으로, 향후 이 부분은 1983년 비엔나협약에서 분열(dissolution)이라는 추가적 범주의 등장으로 이어졌다. 1983년 비엔나협약은 분열은 어느 국가가 분열하여 더 이상 존재하지 않고, 선행국의 영토의 일부가 두 개 또는 그 이상의 승계국을 형성할 때를 가정하며(제18조), 국가 분리로는 한 국가 영토의 일부(들)이 그 국가로부터 분리되어 또 다른 하나의 국가를 형성하는

이러한 경우 1978년 비엔나 협약은 원칙적으로 보편적 승계 이론을 적용한다. 국가가 통합된 경우, 국가승계일 당시 그 중 어느 국가에 발효 중인 조약은 승계국에 대한 효력을 지속하는 것이 일반이다 (제31조 1항). 물론, 이 규정에 따라 승계된다 할지라도, 조약이 승계국 전체에 효력이 있는지, 또는 기존에 적용되던 영토에만 효력이 있는지의 문제가 제기된다. 해당 협약은 당시 조약이 발효 중이던 해당 영토에만 적용됨을 규정한다 (제31조 2항). 즉, 통합 이전의 양자조약 및 다자조약이 구별 없이 기존 적용지역에 계속 적용되는 것으로 계속성 원칙의 반영을 보여준다.³⁴ 분리의 경우에 “국가승계일 당시 선행국의 전 영토에 발효 중인 조약은 그렇게 형성된 각 승계국에 계속 유효” 하며 (제34조 1항 (a)), 일부에만 적용되었던 조약은 해당 일부에 계속 적용된다 (제34조 1항 (b)).

III. 평가

1978년 비엔나 협약을 검토한 결과 신생독립국을 제외하고는 대부분의 경우 계속성 원칙이 적용됨을 확인할 수 있었다. 이는 신생독립국 등장의 정치적 상황과 결부되어, 이들에게는 선택의 자유를 준 것과 달리, 전통적 승계 유형에 있어서는 법적 안정성을 보다 중시한 결과로 보인다.

하지만 국가승계법 법리의 불분명성을 고려할 때, 무엇보다 중요한 쟁점은 해당 협약을 과연 국제관습법의 반영으로 볼 수 있는지 여부일 것이다. 해당 협약은 채택 후 상당시간이 지난 1996년 11월 6일 발효하였고, 당사국 수도 매우 적었으며, 이는 곧 해당 조약이 국제사회의 큰 호응을 받지 못하고 있음을 보여주는 것으로

경우를 일컫는다(제17조).

³⁴ 정인섭, *supra* note 29, 342쪽.

해석된다.³⁵ 또한 최종초안의 채택과정을 확인할 수 있는 ILC 보고서도 해당 협약이 점진적 발전과 관습법의 성문화를 모두 포함한다고 언급한다.³⁶

뿐만 아니라 각 승계 유형에 적용되는 원칙들에 대해서도 많은 비판이 제기되었다. 예를 들어, 해당 협약은 국가통합의 경우 일괄적으로 조약의 계속적 적용을 규정하지만, 국가 통합을 선행국 법인격의 연속성 정도에 따라 분류하는 의견도 있었다. 즉, 독일 및 베트남과 같은 흡수통일의 경우에는 흡수된 국가의 조약이 모두 소멸하여 조약경계이동의 원칙이 적용되겠지만, 예멘과 같은 두 국가의 진정한 연합(true union of two states)의 경우에는 해당 영토의 일부에 효력이 있던 대부분의 조약이 승계국에 구속력이 있다는 설명이었다. 해당 협약은 분리에 있어서도 조약의 계속 적용을 규정하지만, 이는 일부의 제한된 국가 실행에 기반하며, 오히려 신생국은 다자조약 가입을 자유로이 선택한다는 비판이 제기되었다.³⁷

결과적으로 1978년 비엔나 협약의 원칙이 국제관습법의 반영

³⁵ 2017년 4월 기준, 1978년 비엔나 협약의 당사국은 22개국이며, 1983년 비엔나 협약의 경우 당사국은 7개국이다.

³⁶ YBILC, 1974, Vol. II, Part 1, Doc. A/CN.4/SER.A/1974/Add.1 (Part One), p. 174, para. 83.

해당 부분 원문은 다음과 같다.

“The Commission's work on succession of States in respect of treaties constitutes both codification and progressive development of international law in the sense in which those concepts are defined in article 15 of the Commission's Statute. The articles it has formulated contain elements of both progressive development as well as of codification of the law and, as in the case of several previous drafts, it is not practicable to determine into which category each provision falls.”

³⁷ Aust, Anthony, *Modern Treaty Law and Practice*, 3rd ed. (Cambridge University Press, 2013), p. 323.

인지, 또한 이후의 국가승계 실행에 있어 지도적 역할을 하였는지 등을 둘러싸고 회의적 평가가 다분한 듯 하다.³⁸ 따라서, ILC의 성문화 작업과 협약 채택에도 불구하고, 해당 분야를 규율하는 합의된 규범이 존재하는지에 있어서는 여전히 의문이 남아있다.

하지만, 이 같은 한계에도 불구하고, 해당 협약이 조약의 국가승계 문제를 다루는 유일한 국제 문서임은 분명하다. VCLT 또한 해당 협약이 국가의 승계로부터 조약에 관하여 발생할 수 있는 문제를 예단하지(prejudge) 않음을 명문화하고 있다(제73조). 따라서 해당 분야에 있어 유일하게 존재하는 협약을 검토하는 것은 관련 국제법의 일반 규칙 및 논의를 검토할 수 있는 좋은 시작점일 것이다.

제 3 장 자동승계

명확한 규범이 부재한 조약승계 분야에서도, 비교적 일찍부터 국제사회가 합의하고 수용한 원칙이 적용되는 조약 범주가 존재한다. 특히 일부 조약들은 소위 “자동승계”의 대상으로 인정되어 왔다. 자동승계란 *승계의 영향을 받지 않고* 기존의 조약상 권리 및 의무가 그대로 유지됨을 의미한다. 이는 승계국 의사에 기반한 공식적 행위를 필요로 하지 않으며, 단지 법에 의해(*ipso jure*) 발생하는다.³⁹ 자동승계가 인정되는 국제법의 대표적 분야로 영토에 대한 권리 혹은 의무를 다루는 조약, 이른바 ‘영토적 조약(territorial treaties)’⁴⁰을 꼽을 수 있으며, 영토적 조약의 자동승계는 국제법

³⁸ 정인섭, *supra* note 9, 550쪽.

³⁹ Stern, Brigitte, *La succession d' Etats* (Martinus Nijhoff Publishers, 2000), p. 269.

⁴⁰ 이는 다양한 학자들에 의해 영토적 성격의 조약(treaties of a territorial character), 처분적(dispositive), 물적(real), 또는 지역화된

상 확립된 것으로 인정된다.

또한 20세기부터 본격적으로 등장하기 시작한 ‘입법적 조약(law-making treaties)’의 자동승계 주장이 있다. 다양한 학자들을 통해 보편적 성격의 입법적 조약은 자동승계의 대상이 된다는 주장이 제기되었지만, 해당 조약의 자동승계 확립 여부는 불투명하다. 이와 유사한 맥락에서, 국제사회는 소위 인권조약 또는 인도적 성격의 조약의 경우⁴¹ 자동승계가 적용되어야 한다는 논의의 확장을 마주하게 되었다.

본 장에서는, 이 같은 자동승계 주장을 검토하는 데 목적을 둔다. 물론 세 범주가 확립되었는지의 유무에 있어 큰 차이를 보이지만, 이들 간에 공통적으로 원용되는 근거를 발견하는 것도 흥미로운 것이다. 또한, 인권조약 자동승계 주장이 등장하게 된 논리적 기반과 기존 논의와의 연관성을 파악하여 이를 분석하는 것도 의미 있을 것이다.

제 1 절 영토적 조약 자동승계

(localized) 조약, 또는 지역권(servitudes)을 설정하는 조약 등으로 불린다. 참고: YBILC, 1974, Vol. II, Part 1, Doc. A/CN.4/SER.A/1974/Add.1 (Part One), p. 214, art. 15, para. 16.

⁴¹ 상당수의 논의가 인권 조약을 대표적으로 언급하고 있는 만큼, 본 연구에서는 이들을 아울러 인권 조약으로 지칭하는 경우가 많을 것이다. 참고로, Rasulov는 ‘인도적 조약(humanitarian treaties)’이란 인도적 원칙 및 인간 개인의 존엄성을 지지하고 증진하는 다자조약이며, 주로 국제인권법(international human rights law)과 국제인도법(international humanitarian law)의 범주에 속한다고 설명하였다. (Rasulov, Akbar, “Revisiting State Succession to Humanitarian Treaties: Is There a Case for Automaticity?” , *European Journal of International Law*, Vol. 14, No. 1 (2003), pp. 143-4.)

소위 영토적 조약에 대한 국제법의 특별한 관심은 국가승계뿐만 아니라 조약법을 포함한 다양한 분야에서 제기되어왔다. 해당 절에서는 전통적 국가승계 분야 논의로부터, VCLT 및 1978년 비엔나 협약 채택 당시의 논의를 포함하여, 영토적 조약의 자동승계가 확립된 과정을 추적하고자 한다.

I. 전통적 논의

전통적으로 상당수의 국가승계 분야 논의는 조약을 대상(subject matter)에 따라 구분하였다. ‘인적(personal)’ 조약과 ‘처분적’ 또는 ‘물적’ 조약의 구분은 전자는 이전이 불가능한 반면 후자는 이전할 수 있다는(transmissible) 해석으로 이어졌다. 전자의 경우 정치적 재량에 따른 상호간 권리 및 의무의 문제로서 해당 조약의 실행이 특정 영토가 아닌 국가에 영향을 준다고 판단된다. 후자의 경우 해당 조약의 실행이 영토적이며, 체결국 영토에 대한 국가 관할권 계속 여부에 의존하지 않는 것으로 인식된다.⁴²

이러한 대상에 따른 조약 구분은 보편적 승계 이론과 백지출발주의에도 시사점을 주었다. 모든 조약의 승계를 상정하는 보편적 승계 입장에서는 인적 또는 정치적 성격의 조약들은 상속(inheritance)하기 어렵다는 결론으로 이어졌다. 반면, 백지출발주의를 옹호하는 측면에서는 처분적 또는 물적 조약의 경우 상속이 불가피하다는 결론에 이르게 되었다.⁴³

⁴² O’Connell, Daniel P., “Independence and Succession to Treaties”, *British Year Book of International Law*, Vol. 38 (1962), p. 150.

⁴³ Craven, Matthew C. R., *supra* note 30, p. 174.

II. 조약법상 논의

조약법의 성문화는 국가승계법에 비해 앞선 시기에 진행되었다. 그 과정에서 영토적 조약에 대한 특별한 처우 또한 다루어졌으며, 이러한 영토적 조약에 관한 조약법상 논의는 이후 관련 조약승계법 성문화에 상당한 영향을 미치게 되었다.

대표적 예는 VCLT 제62조에 담긴 사정의 근본적 변경에 따른 조약 종료 및 탈퇴의 예외 경우이다. 사정의 근본적 변경이 발생한 경우 이는 조약의 종료 및 탈퇴 사유로 원용될 수 있음이 일반 원칙이지만, ILC는 해당 원칙이 적용되지 않는 예외 상황으로 조약이 ‘경계선을 확정하는 경우’를 허용했다(제62조 2항).

ILC의 초안 주석은 *Free Zones Case*와 대부분의 법학자들에 의해 국경조약이 해당 원칙의 예외로서 인정된다고 설명한다. 물론, 이러한 해당 원칙 적용으로부터의 국경조약의 완전한 배제가 현장에서 인정되는 자결원칙에 모순된다는 반대도 제기되었다. 하지만 ILC는 국경 설정 조약은 이러한 규칙의 예외로 인정되어야 하며, 그렇지 않는다면 평화적 변경의 수단이 아닌 위험한 마찰의 근원이 될 것이라고 예상하였다.⁴⁴ 그 결과 중대한 사정변경이 발생한 경우에도 이를 원용하여 국경조약을 종료시킬 수 없음이 명문으로 규정되었다. 이 외에도 개정 조항의 포함은 정치적으로 바람직하지 못하다고 평가되며,⁴⁵ 명시적으로 탈퇴가 허용된 경우를 제외하고는 탈퇴가 불가능한 등⁴⁶ VCLT 상 국경조약은 특별한 범주의 조약으로 취급된다.

영토적 조약과 관련된 또 다른 논의는 ‘국제관습을 통하여 제

⁴⁴ Draft Articles on the Law of Treaties with commentaries, 1966, p. 259, art 59(2).

⁴⁵ Aust, Anthony, *supra* note 37, p. 234.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 256.

3국을 구속하게 되는 조약상의 규칙'을 규정한 협약 제38조⁴⁷와 관련이 있었다. ILC는 이른바 권리 및 의무가 대세적(*erga omnes*) 효력을 가진 '객관적 체제(objective régime)'를 창설하는 조약의 경우 특별한 처우를 받아야 하는지 고려하였다.⁴⁸ 이러한 조약으로는 중립화 또는 비무장화 조약, 국제하천 또는 해양수로에서의 항행의 자유 등을 규정하는 조약 등이 언급되었다.

하지만 반대 의견도 제기되었다. 이들은 조약상 권리 및 의무가 대세적으로 유효하다 할지라도, 이를 조약법 상 특별한 개념으로부터 기인한다고 볼 수 없으며, 따라서 이를 초안 제32조⁴⁹ 원칙(제3국에 대하여 의무를 규정하는 조약)이 적용되거나 국제관습을 조약에 접목하는 상황으로 볼 수 없다는 주장이었다. 결과적으로 ILC는 해당 논의에 대한 명확한 입장을 취하지 않았으며, 객관적 체제를 창설하는 조약에 관한 특별 조항은 논의에서 사라지게 되었다.⁵⁰

⁴⁷ 초안 제34조에 상응한다.

⁴⁸ 참고: YBILC, 1960, Vol. II, pp. 69–107 (Doc. A/CN.4/130: Sir G. Fitzmaurice's fifth report on the law of treaties), YBILC, 1964, Vol. II, pp. 26–34, A/CN.4/167, art. 63 and commentary, (Doc. A/CN.4/167 and Add.1–3: Sir H. Waldock's third report on the law of treaties).

⁴⁹ 결과적으로 협약 규정 제35조에 반영되었다.

⁵⁰ Draft Articles on the Law of Treaties with commentaries, 1966, p. 231, art. 34.

해당 부분 원문은 다음과 같다.

“Other members, however, while recognizing that in certain cases treaty rights and obligations may come to be valid *erga omnes*, did not regard these cases as resulting from any special concept or institution of the law of treaties. They considered that these cases resulted either from the application of the principle in article 32 or from the grafting of an international custom upon a treaty under the process which is the subject of the reservation in the present article.”

III. 1978년 비엔나 협약

이처럼 조약법 성문화 과정에서 활력을 띤 영토적 조약에 대한 특별한 처우는 조약승계 성문화 과정에도 반영되었으며, 그 결과 1978년 비엔나 협약 제11조와 제12조가 채택되었다. 제11조에 대한 ILC의 주석은 VCLT 제62조 2항이 조약법에 관한 유엔 회의 (UN Conference on the Law of Treaties)에서 대다수 국가들의 지지를 받았음을 언급하며, 이 같은 고려가 국가승계 상황에도 동일하게 적용될 수 있다고 언급한다.⁵¹

1978년 비엔나 협약은 영토적 조약의 대표적 유형인 ‘국경조약’과 ‘기타 영토조약’을 명백히 구분하는데, 제11조는 전자를 제12조는 후자를 각각 다룬다. 제11조에 의하면 ‘조약에 의하여 설정된 국경’ 및 ‘조약에 의하여 설정된 국경제도와 관련된 의무 및 권리’는 승계의 영향을 받지 않으며, 제12조에 의하면 ‘영토의 사용이나 그 사용의 제한과 관련된’ 권리 및 의무 또한 영향을 받지 않는다. 이러한 표현은 해당 협약이 조약 자체의 승계 문제를 다루

⁵¹ YBILC, 1974, Vol. II, Part 1, Doc. A/CN.4/SER.A/1974/Add.1 (Part One), p. 199, art. 11, para. 10.

해당 부분 원문은 다음과 같다.

“The considerations which led the Commission and the Conference to make this exception to the fundamental change of a circumstances rule appear to apply with the same force to a succession of States, even though the question may have presented itself in a different context. Accordingly, the Commission considers that the attitude of States towards boundary treaties at the United Nations Conference on the Law of Treaties is extremely pertinent also in the present connexion.”

기보다는, 조약의 집행으로 인해 발생하는 권리 및 의무의 문제를 규정하고 있음을 보여준다. 따라서 국경조약의 유효성과 관련된 문제는 조약법에 따른 별도의 판단이 요구된다(제14조).

국경조약의 경우 기타 영토조약에 비해 어떠한 조약이 포함되는지가 비교적 명확하며, 백지출발원칙의 예외로서 널리 인정되어 왔다. 이는 1986년 부르키나 파소와 말리 간의 국경분쟁 사건에서 ICJ에 의해 확인된 바 있다.⁵² 이에 비해 기타 영토적 조약의 모호한 범주는 협약 채택 과정에서 상당한 의문을 야기하였다. 결과적으로 협약의 최종조항으로 채택되었음에도 불구하고 제12조가 규정하는 기타 영토 제도 범주의 불확실성은 ILC의 주석에서도 언급되었다. ILC 주석은 국가들의 관행과 학자들의 견해가 특정 조약이 영토적 체제를 형성하여 승계국을 자동으로 구속한다는 믿음을 보여주지만 그 범주는 여전히 불명확하다고 지적한다.⁵³

⁵² *Frontier Dispute (Burkina Faso/Mali)*, Judgment, ICJ Reports 1986, p. 566, para. 24.

재판소 판시의 해당 부분은 다음과 같다.

“There is no doubt that the obligation to respect pre-existing international frontiers in the event of a State succession derives from a general rule of international law, whether or not the rule is expressed in the formula *uti possidetis*”

⁵³ YBILC, 1974, Vol. II, Part 1, Doc. A/CN.4/SER.A/1974/Add.1 (Part One), p. 206 (para. 35).

하지만 자동승계의 대상이 넓은 의미의 영토적 조약이 아닌 영토적 체제를 설정하는 조약으로 제한된다고 덧붙였다. (“The evidence does not, however, suggest that this category of treaties should embrace a very wide range of so-called territorial treaties. On the contrary, this category seems to be limited to cases where a State by a treaty grants a right to use territory, or to restrict its own use of territory, which is intended to attach to territory of a foreign State or, alternatively, to be for the benefit of a group of States or of all States

물론 이 같은 한계에도 불구하고, 해당 원칙이 국제관습법임에는 이견이 없어 보인다. 대표적으로, 1997년 *Gabčíkovo-Nagymaros Case*에서 ICJ는 이를 판결의 핵심 근거로 사용했다. 재판소는 제12조에 반영된 원칙이 국제관습법에 해당하며, 문제가 된 조약이 제12조의 범주에 속하는 영토적 체제를 형성하는 조약에 해당한다고 설시 했다. 따라서 이 조약은 다뉴브 강의 일부에 “부속된(attach to)” 권리와 의무를 창설하며 국가승계의 영향을 받지 않고 체코슬로바키아가 해체한 직후인 1993년 1월 1일부터 슬로바키아를 구속한다고 판결하였다.⁵⁴ Jennings와 Watts가 편집한 Oppenheim의 국제법 교과서도 영토의 지위, 국경 또는 하천의 항행 문제와 관련된 조약의 경우 자동승계 되며, 범위의 불확실성에도 불구하고 이는 잘 확립된 원칙이라고 설명한다.⁵⁵

영토적 조약의 자동승계는 민족자결과 국제평화 및 안전, 구체적으로는 국경안정성에 대한 요청 간의 대립관계에서 국경안정성에 대한 요청이 나름의 우위를 차지한 배경에서 성안되었다. 영토에 부착된다는 표현이 보여주듯, 주권의 변화에도 불구하고 해당 영토에 계속 적용됨으로써 국제사회의 안정성을 수호하는 조약으로 자리매김한 것이다.

제 2 절 입법조약 자동승계

generally. There must in short be something in the nature of a territorial régime.”)

⁵⁴ *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)*, ICJ Reports 1997, p. 72, para. 123.

⁵⁵ Jennings, Robert and Watts, Arthur (eds.), *Oppenheim's International Law*, 9th ed. Vol. I. Peace (Oxford University Press, 1992), p. 213.

지금까지는 비교적 오랜 기간의 논의 끝에 결과적으로 국제관습법으로 확립된 주제를 다루었다. 하지만 제2차 세계대전이 끝나고, 유엔을 중심으로 국제사회가 재편되면서, 자동승계 적용이 주장되는 또 다른 범주들이 등장하기 시작했다. 그 시작은 이른 바 입법조약의 자동승계였다. 입법조약이라는 생소한 명칭이 보여주듯, 해당 논의는 입법조약의 정의라는 다소 어려운 첫 걸음을 전제로 한다. 이에 관한 학자들의 의견을 살펴보는 것은 입법조약의 정의에 다가가기 위한 시작일 것이다. 추가로 이러한 학계의 논의가 1978년 비엔나 협약 성안 과정에 어떻게 반영되었는지 검토하고자 한다.

I. 학계 논의

가) 입법조약 정의

입법조약에 대한 본격적 논의는 1930년 McNair의 조약 분류에서 확인된다. 그는 조약이 하나의 단일한 규칙에 의해 규율되어야 한다는 전통적 관념으로부터 해방되어야 하며, 조약 각각의 기능과 법적 성격에 따라 각기 다른 규칙이 적용되어야 한다고 주장했다. 그는 총 4개의 조약 분류를 제시하였고 그 중 하나가 입법조약이었다.⁵⁶

그는 입법조약을 헌법적(Constitutional) 국제법을 창설하는 조

⁵⁶ McNair, Arnold D., “The Functions and Differing Legal Character of Treaties”, *British Yearbook of International Law*, Vol. 11 (1930), pp. 112-6

이 외에도 ‘양도(Conveyance)의 성격을 가진 조약’, ‘계약의 성격을 가진 조약’, ‘법인(incorporation)의 허가서(charter)와 유사한 조약’을 제시했다.

약과, 일반 국제법을 창설하거나 선언하는 조약으로 분류하였다. 전자로는, 파리 평화 조약(부전조약), 상설국제사법재판소 설립 헌장, 스위스 중립 조약, 1899년 1907년 헤이그 협약, 1856년 알랑드 섬 비무장화 협약, 베르사유 조약 등을 예로 들었다. 주목할만한 점은 전자 범주의 실질적 효력에 관한 McNair의 해석이다. 그는 이러한 조약은 당사국의 전부가 참여하는 전쟁이 발발한다 해도 폐지되지 않을 뿐 아니라, 조약이 제3국에 대해 그의 동의 없이 의무 또는 권리를 창설하지 못한다(*pacta tertiis nec nocent nec prosunt*)는 원칙의 예외로 작용하는 경향이 있다고 설명했다.⁵⁷

후자에 있어서는, 이를 순수한 입법조약(pure law-making treaty)으로 설명하면서도 국가들의 공동체는 엄격한 의미에서의 입법 기관을 갖고 있지 않음을 강조했다. 그는 “국제 입법(international legislation)”이라는 용어는 그 의미가 모호함에도 불구하고 자주 사용된다고 언급했다. 이러한 예로 1899년과 1907년 헤이그 협약 및 파리 선언과 같이 전쟁 행위를 규율하는 규칙, 국제노동기구(International Labor Organization: ILO)에 의해 협상된 수많은 노동 협약, 국제적 이해관계가 얽힌 가항(可航)수로 레짐 등의 다자조약을 제시하였다. 그는 이들을 순수 법 규칙을 만드는 영구적 적용이 의도된 다자조약으로 칭했다 (they are multilateral, they make rules of pure law, and they are intended to be permanent).⁵⁸

이에 대한 논의는 Jennings와 Watts가 편집한 Oppenheim의 국제법 교과서에서도 확인된다. 이들은 대부분의 조약은 쌍무적이고 사실상 계약적이지만, 1945년 이래로 등장한 다양한 입법조약으로 인해 상당히 많은 주체들이 관습법과 조약법에 의해 동시에 규율되기 시작했다고 설명한다. 이들은 일부 조약들은 국제공동체 전반에 적용 가능한 보편적 성격(general character)의 규칙을 규정하는 것으로 보이며, 이들은 편의상 입법조약으로 불린다고 서술했다.

⁵⁷ *Ibid.*, pp. 112-4.

⁵⁸ *Ibid.*, pp. 115-6.

이들은 모든 조약이 조약 당사자를 위한 법을 제정한다는 측면을 제외하고는, 입법조약이 엄격한 의미에서의 입법적 역할을 수행하진 않는다고 강조했다. 또한, 오늘날 국제사회에는 의회가 국내 입법을 하는 방식으로 국제공동체 전체에 적용되는 법을 만드는 중앙 입법 기관이 존재하지 않는다고 덧붙였다.⁵⁹

Brownlie는 “이러한 조약은 조약 준수로 인해 조약 의무가 소멸되지 않는 법적 의무를 창설” 한다고 설명했다. 또한 입법조약은 법률 문제에 있어 당사국의 미래 행동을 규율 할 일반 규칙을 만들고 이러한 의무는 기본적으로 모든 당사자에게 동일하다고 서술했다. 그가 의도한 입법조약의 핵심은 목적이 달성되어도 계속해서 모든 당사자를 규율하는 영구적 규칙의 창설이었다.⁶⁰

Shaw 또한 입법조약에 대한 자신의 견해를 피력했다. 그는 이러한 조약의 경우, 제한적 효력이 아닌 일반적 효력을 갖도록 의도되었으며, 일부 국가 간 한정된 사안만을 다루는 조약과 대비된다고 설명했다. 국가들은 그들의 미래 행동을 규율 할 새로운 규칙을 만드는데, 이러한 조약은 그 효과를 두드러지게 하기 위해 상당 수 국가들의 참여를 요구하며, 모두를 구속하는 규칙의 탄생으로 이어질

⁵⁹ Jennings, Robert and Watts, Arthur (eds.), *supra* note 55, p. 32-3.

하지만 예외적으로 유엔 헌장이 비당사국에 권리와 의무를 창설할 수 있음이 ICJ에 의해 확인되었다고 언급했다. (*Reparations for injuries suffered in the service of the United Nations*, Advisory Opinion, ICJ Reports 1949, p. 185; *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, Advisory Opinion, ICJ Reports 1971, p. 56.)

⁶⁰ Brownlie, Ian, *supra* note 10, p. 13.

구체적으로는 파리 선언, 1899, 1907 헤이그 협약, 1925 제네바 의정서, 1928년 부전조약, 1948년 제노사이드 협약 등을 예로 들며, 기관의 권한과 관련된 헌법적 문제를 제외한 유엔 헌장의 대부분도 같은 성격을 가진다고 설명한다.

수 있다고 서술했다. 이러한 조약의 예로는 남극 조약, 제노사이드 협약, 1961년 외교관계에 관한 비엔나 협약을 등을 제시했다.⁶¹

국내에서도 이에 대한 논의는 진행되었다. 이한기는 다자조약 중 당사국간에 주로 동일한 권리 및 의무관계를 설정함으로써 당사국의 행위를 장래에 걸쳐 규율하는 국제법규범을 창설하는 조약이 입법조약으로 불린다고 소개했다. 그는 해당 용어가 엄격한 법률적 용어라기보다는 실제적 중요성에 입각한 개념이며, 다음의 사항에 유의해야 함을 강조했다. 첫째, 입법조약만이 유일하게 국제법규범을 설정하진 않으며, 둘째, 국제사회에 국내의 입법기관과 비슷한 국제법 제정기관이 있다고 볼 수 없으며, 셋째, 입법조약이 비당사국도 구속할 수 있다고 보기 어렵다는 점이다. 특히 셋째 유의사항과 관련하여, 입법조약 중 기존의 국제관습법을 확인하거나 조약화한 경우나, 그 이후의 국가실행의 집적(集積)에 의해 새로운 국제관습법을 형성한 경우에만 입법조약이 비당사국을 구속할 수 있다고 설명한다.⁶²

이같이 입법조약에 대한 학계 논의를 검토한 결과 다음의 시사점을 도출할 수 있었다. 우선 입법조약이 국내법체계와 같은 국제사회의 입법을 의미하지 않는다는 해석이 다수를 이루었다. 일반적으로 조약은 당사국만을 구속하며, 이는 국가주권 원칙에 입각한 국제사회를 지탱하는 핵심 원칙이다. 따라서, 이른바 국제사회의 일반규범을 만드는 목적을 가진 입법조약이라 할지라도 국가 동의를 원칙을 넘어 비당사국을 구속할 수 있다고 보기엔 무리가 있을 것이다. 물론 입법조약이 제3국에 대해 그의 동의 없이 의무 또는 권리를 창설하지 못한다(*pacta tertiis nec nocent nec prosunt*)는 원칙의 예외로 작용하는 경향이 있으며, 모두를 구속하는 규칙의 탄생으로 이어질 수 있다는 등의 해석이 제기되기도 했다. 하지만, “경향이 있다(is a tendency)”, “이어질 수 있다(may produce)” 등의 표현은 확립된 원칙이 아닌 일종의 가능성을 암시하는 것으로 보인

⁶¹ Shaw, Malcolm N., *supra* note 9, pp. 67–8.

⁶² 이한기, 『국제법강의』, 신정판 (박영사, 1997), 82–3쪽.

다.

물론 이러한 맥락에서 입법조약이 관습국제법화 되어 비당사국을 포함한 모든 국가에 적용된다는 논의도 있다. 이를 주장한 대표적인 학자로 Brownlie를 들 수 있다. 그는 조약이 당사국만을 구속하는 것이 원칙이지만, 상당한 당사국 수, 법 규칙으로서의 명백한 수락, 일부 경우 확인되는 규정의 선언적 성격은 관습법 확립에 요구되는 일반적 관행만큼이나 강한 입법적 효과를 창출한다고 서술했다. 따라서 비당사국들 역시 입법조약의 규정을 관습국제법의 표현으로 인정할 것이라는 입장이었다.⁶³ 즉, 입법조약의 다양한 성격이 관습법의 필요조건인 일반적 관행과 같은 역할을 하므로, 국가들의 실행 없이도 관습법으로 수락될 수 있다는 해석이다.⁶⁴

⁶³ Brownlie, Ian, *supra* note 10, p. 13.

해당 부분 원문은 다음과 같다.

“Such treaties are in principle binding only on parties, but the number of parties, the explicit acceptance of rules of law, and, in some cases, the declaratory nature of the provisions produce a strong law-creating effect at least as great as the general practice considered sufficient to support law-creating effect at least as great as the general practice considered sufficient to support a customary rule.”

⁶⁴ 국제관습법의 성립 요건으로 법적 확신과 일반적 관행을 인정한 대표적인 판례로 다음 사건을 꼽을 수 있다. 해당 부분 원문은 다음과 같다.

“...Bound as it is by Article 38 of its Statute to apply, *inter alia* international custom "as evidence of a general practice accepted as law", the Court may not disregard the essential role played by general practice. ... The Court must satisfy itself that the existence of the rule in the *opinio juris* of States is confirmed by practice.” (*Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, Judgment, ICJ Reports 1986, pp. 97–8, para. 184).

하지만 입법조약이 국제관습법화 되어 적용된다는 해석과 입법조약이 조약 자체로(*per se*) 비당사국에 적용될 수 있다는 해석은 전혀 다른 차원의 논의이다. Brownlie가 주장한 바와 같이, 입법조약의 경우, 일반적 관행이 없어도 국제관습법화 될 수 있는지는 국제관습법의 확립요건 등을 포함한 다양한 요소들과 함께 논의되어야 하는 복잡한 쟁점이다.⁶⁵ 물론 자연히 입법조약에 담긴 내용이 일반실행과 법적 확신의 두 요소를 충족하여 국제관습법화 된다면, 이는 분명하게 신생국을 포함한 비당사국을 구속한다.⁶⁶

반면 입법조약이 조약으로서 일종의 대세적 효력을 갖는지의 문제는 조약의 제3자적 효력과 관련하여 조약법 차원에서 검토되어야 하는 논점이다. 특히, 입법조약이 제3국에 대해 그의 동의 없이 의무 또는 권리를 창설하지 못한다(*pacta tertiis nec nocent nec prosunt*)는 원칙의 예외로 작용한다면 국가 동의에 기초한 국제법 체계에 상당한 논란을 불러일으킬 것이다. 물론 앞선 검토 결과 적어도 현재까지의 대표적 논의들은 이러한 입법조약의 제3자적 효력을 인정하지 않는 것으로 보인다.

⁶⁵ 입법조약의 국제관습법화 주장은 Cheng에 의해 본격적으로 도입된 속성관습법(*instant customary law*) 논의를 떠올리게 한다. 그는 “국제법은 국가들이 입법자이자 법체계의 대상(*subjects*)을 구성하는 수평적 법체계이므로, 즉각적으로 법적 확신이 발생하거나 변할 수 있다”고 주장했다.(Cheng, Bin, “Custom: The Future of General State Practice in a Divided World”, in Macdonald, R. St. J. and Johnston, Douglas M.(eds.), *The Structure and Process of International Law: Essays in Legal Philosophy Doctrine and Theory* (1983, Martinus Nijhoff Publishers), p. 532)

속성관습이 국제법적으로 확립된 개념인지를 검토함에 있어선 더 자세한 연구가 필요할 것이다. 하지만, 본 연구의 초점 상 추가적 논의는 생략하기로 한다.

⁶⁶ VCLT 제38조.

나) 자동승계

앞서 입법조약이 제3자적 효력을 가질 수 있는지의 논의가 제기되었으며, 이는 조약법 근간의 핵심과 맞닿아있었다. 이 같은 입법조약 개념의 등장은 조약승계차원에서의 자동승계 논의로 확장되기 시작했다. 물론, 입법조약이 비당사국에 적용된다는 것과, 선행국 영토의 국제관계에 대한 책임을 대체한 신생국에 적용된다는 것은 동일한 상황을 상정하지 않는다. 조약승계는 조약법과의 상당한 연관성 속에서 고려되어야 하지만, VCLT가 조약승계 문제를 예단하지 않음도 분명하다. 따라서, 자동승계 주장을 검토함에 있어, 승계 이론 및 원칙을 포함한 보다 다양한 요소에 대한 고려가 요청된다.

입법조약의 자동승계 논의는 Jenks에 의해 본격적으로 시작되었다. 그는 제2차 세계대전 이후 입법적 노력의 재개와 강화 흐름 속에서, 전쟁의 포기, 국제분쟁의 평화적 해결, 인권, 난민, 전시 부상자 보호 등의 국제법상 주제가 혁명적으로 등장했으며, 입법적 성격의 다자조약이 국제법 발전의 결정적 요소라고 강조하였다.⁶⁷ 그는 McNair의 의견에 동의하며, 기존 계약적 성격의 조약에의 적용이 의도되었던 원칙들이 아닌 입법조약을 위한 다른 접근법이 필요하다고 주장했다.⁶⁸

특히 국가승계에 있어 입법적 노력을 통한 국제법의 발전이 백지출발주의에 의해 방해 받는 것은 바람직하지 않다고 주장했다. 그는 지역적 의무를 설정하는 조약이 이행된 양도의 성격(character of executed conveyances)을 띄는 것처럼, 입법적 조약의 의무 또한 계약적 의무가 아닌 이행된 양도의 성격으로 이해되어야 한다고

⁶⁷ Jenks, C. Wilfred, “State Succession in Respect of Law-making Treaties, *British Year Book of International Law*, Vol. 29 (1952), pp. 105-6.

⁶⁸ *Ibid.*, pp. 106-10.

설명했다.⁶⁹ 다자 입법조약이 국제법의 상당부분을 구성하는 시점에서, 신생국은 관습법뿐 아니라 협약상 규칙에 의해서도 동일하게 구속 받아야 한다는 입장이었다.⁷⁰

이 같은 논의는 이후 De Visscher에 의해서도 제기되었다. 그는 정치적 성격의 조약과 달리, 법 규칙을 선언하는 입법조약의 경우 조약 상 의무의 이전이 인정되는 경향이 있다고 설명했다. 그는 일시적인 정치적 관계에 의존하는 단순 개별 이익 합의의 취약성과, 법과 질서에 대한 존중에서 비롯된 협약의 상대적 안정성이 큰 대조를 이룬다고 강조했다. 또한, 국제법 발전에서의 다자조약의 역할을 고려할 때, 의무의 소멸이 아닌 의무의 이전이 인정되어야 한다고 주장했다.⁷¹

하지만 De Visscher는 국제관습법에 의해 신생국에 부과되는 의무와의 비유가 이러한 맥락에선 결정적이지 않다고 서술했다. 시간에 의해 응고되지 않는 상황에서, 해당 조약이 승계되었다는 이유만으로는 해당 조약의 국제관습화를 확인할 수 없다는 입장이었다.⁷²

입법조약의 비당사국 적용 요건과 마찬가지로, 입법조약의 내용이 국제관습법으로 인정된다면 이는 신생국을 구속할 것이다. 하지만, 앞서 논의한 바와 같이 입법조약이 곧 국제관습법이라는 공식은 많은 논란의 여지를 포함한다. De Visscher의 주장 역시 이러한 맥락에서 이해할 수 있을 것이다. 즉, 입법조약이 국제관습법이기에 때

⁶⁹ 이는 이순천, *supra* note 25, 86쪽을 참고한 번역이다. 이순천은 Jenks가 입법조약을 계속 이행되어야 할 계약적 성격이 아닌, 이미 이행된 양도의 성격으로 파악한다고 설명했다. 양도란 법률행위에 의한 권리의 이전을 뜻하는 민법상 용어이다. (김준호, 『민법강의-이론 사례 판례』, 제 21판 (법문사, 2015), 214쪽).

⁷⁰ Jenks, C. Wilfred, *supra* note 67, pp. 141-142.

⁷¹ De Visscher, Charles, *Theory and Reality in Public International Law*, Revised ed. (Princeton University Press, 1968), p. 179.

⁷² *Ibid.*

문에 자동승계 된다는 논리는 거부하고 있는 것이다.

그렇다면 보다 근본적인 문제는, 입법조약 자동승계를 설명할 국제법적 근거가 존재하는지의 문제이다. 국제공동체 전체의 관심사를 성문화한 입법조약의 경우 적용의 단절을 겪지 않아야 한다는 요청과, 국제사회 전체를 규율하는 규칙 탄생의 필요성은 이성적으로 충분히 납득 가능할 것이다. 하지만, 이들의 자동승계를 뒷받침할 법리적 메커니즘에 대한 논의는 부족해 보인다.

따라서 국제사회 공동의 가치를 담고 있는 조약의 중요성과 국제사회 전체를 규율하는 규범에의 요청을 넘어 그 이상의 실제적 논리가 요구된다. 이미 상당히 정교화되어 있는 기존 국제법 틀 속에서 어떤 메커니즘을 통해 이를 확립해 나갈 것인지가 관건일 것이다. 이 같은 정교한 법리 없이는 국가의 주권과 동의에 기반한 국제사회에서 자동승계 대상으로 확립되기 쉽지 않을 것으로 예측한다.

II. 1978년 비엔나 협약 채택 과정 논의

학계의 논의는 1978년 비엔나 협약 성안 과정에도 영향을 주었다. 1978년 비엔나 협약 성안 과정에서 ILC를 중심으로 입법조약의 자동승계가 다뤄졌으며, 특히 1978년 비엔나 협약 제17조에 해당하는 신생독립국의 ‘국가승계일 당시 발효중인 조약에의 참가’와 관련하여 입법조약이 하나의 예외가 될 수 있을지 논의되었다. 이후에도 협약 채택을 위한 유엔 전권대표회의에서 이른 바 ‘보편적 조약’ 관련 논의가 등장하였고, 입법조약 자동승계 논의와 매우 유사한 내용을 다루는 듯 했다.⁷³

⁷³ 보다 구체적으로는 “보편적 참여에 개방된 다자조약” 또는 “보편적 성격의 조약” 이란 표현들이 등장하지만, 해당 연구에서는 ‘보편적 조약’ 이라는 하나의 표현으로 지칭하는 경우가 많을 것이다. 보다 자세한

다) Vallat의 보고서⁷⁴

최종초안의 채택 기반이 된 Vallat의 보고서는 특별보고자인 자신을 포함한 ILC 내부의 논의를 확인할 수 있는 좋은 자료이다. 그는 발효중인 다자조약 참가에 대한 논의 과정에서,⁷⁵ 입법조약에 계속성 원칙을 적용하고자 하는 국가들의 의도는 꽤 분명하다 할지라도, 개념정의의 지나친 애매성으로 인해 입법조약은 협약에 포함될 수 없다고 주장했다. 그는 입법조약이라는 개념은 오해를 낳기에 충분하며(misleading) 부정확하다고(inexact) 비판했으며,⁷⁶ 이러한 입법조약이 강제 분쟁 해결 조항과 같은 “순수하게 계약적인

내용은 해당 ‘II. 1978년 비엔나협약 채택 과정 논의’ 중 ‘다) 유엔 전권대표회의’를 참고하라.

⁷⁴ 해당 보고서는 다음에서 확인할 수 있다.

YBILC, 1974, Vol. II, Part 1, Doc. A/CN.4/SER.A/1974/Add.1 (Part One), pp. 1-88 (Doc. A/CN.4/278 and ADD.1-6: First report on succession of States in respect of treaties, by Sir Francis Vallat, Special Rapporteur).

⁷⁵ 이 내용은 Vallat의 초안으로는 제12조(Participation in treaties in force)에 해당하며, 이후 최종초안 제16조, 결과적으로 협약 규정 제17조에 반영되었다.

⁷⁶ 그는 기본적으로 조약은 기존 관습법을 성문화 하며 이러한 경우는 법을 “만드는(making)” 경우에 해당하지 않으며, 또 다른 조약의 기능은 “새로운 법(new law)”을 만드는 것인데 이러한 경우는 당사자만을 구속할 뿐 새로운 관습법을 만들 수 없다고 언급했다. 하지만 이와는 달리 “입법(law-making)” 조약은 성문화와 점진적 발전의 두 요소를 포함한다 소 혼합적 성격의 조약으로 해석된다고 설명했다. (YBILC, 1974, Vol. II, Part 1, Doc. A/CN.4/SER.A/1974/Add.1 (Part One), p. 44, para. 227.)

(purely contractual)” 조항을 포함할 수 있다고 강조했다.⁷⁷

결과적으로 특별 보고자는 입법조약의 개념을 만족할만하고 실행 가능하게 정의하는 것이 불가능하다는 결론에 도달하였으며, 가능한 유일한 대안은 이들을 식별하기 위한 검사(test) 또는 절차(machinery)뿐이라고 설명했다.⁷⁸ 하지만 현 단계에서는 이를 더 고려하는 것이 효율적이지 않다고 판단하며, 단지 주식에서 언급될 문제라고 결론지었다.⁷⁹

라) 최종초안 주식

관련 내용은 최종초안 제15조(Position in respect of the Treaties of the predecessor State)⁸⁰ 주식에서 확인 가능하다. 위원회는 최종초안 제16조에 언급된 것처럼, 신생독립국이 선행국의 조약에 당사국이 될 권리에 있어 양자조약과 특정 다자조약간 차이가 있어야 함은 인정하지만, 그렇다고 해서 이들이 선행국이 가입한 입법적 성격의 다자조약에 자동적으로 구속된다고 볼 수 없다고 설명한다.⁸¹

또한, 입법조약과 관습의 동일시는 비록 해당 조약에 관습법의 내용이 포함되어 있을지라도 원칙상 받아들이기 어렵다고 언급한다.

⁷⁷ *Ibid.*, p. 44, para. 227.

⁷⁸ 예를 들어, 특정 수의 당사자 이상을 확보하거나, 유엔의 후원(auspices)으로 채택된 다자조약에 등을 제시했으며, 사무총장이나 총회에 의해 설립된 위원회가 리스트를 작성할 수 있다고 설명했다. (*ibid.*, p. 44, para. 228.)

⁷⁹ *Ibid.*, pp. 44-5, paras. 228-9.

⁸⁰ 이 내용은 Vallat의 초안으로는 제11조에 해당하며, 결과적으로 협약 규정 제16조에 반영되었다.

⁸¹ YBILC, 1974, Vol. II, Part 1, Doc. A/CN.4/SER.A/1974/Add.1 (Part One), p. 212, para. 8.

분명하게, 조약에 담긴 일부 관습규칙은 관습법으로서 신생독립국을 구속하겠지만, 다자조약이 관습을 포함한다고 해서 신생독립국이 *계약적으로* 해당 조약들에 구속된다는 것은 전혀 다른 문제라는 주장이다.⁸² 또한, 가입을 선택하지 않은 다른 기존의 국가와는 달리 신생독립국만 해당 조약들에 *계약적으로* 구속되는 것은 불공평하며, 입법조약에는 강제 분쟁 해결 조항과 같은 순전히 계약적인 규정도 포함될 수 있다고 강조했다.⁸³ 이를 토대로 입법조약은 국가들에 자동승계되지 않으며, 승계의 영향을 받지 않는 범주는 국제관습법과 영토적 성격의 조약뿐이라고 한정 지었다.⁸⁴

마) 유엔 전권대표회의

이처럼 입법조약에 대한 언급이 주석에 포함됨으로써 해당 논의는 일단락되는 듯 했다. 하지만, 이후 협약 채택을 위한 유엔 전권대표회의에서 유사한 맥락의 논의가 다시 등장하였다. 이는 입법조약과 명확히 일치하는 표현은 아니었지만 이른바 ‘보편적 조약’에 대한 논의였다. 대표적으로 신생독립국의 백지출발주의에 따른 일시적 법의 공백(legal vacuum)에 대한 염려 속에서, 일부 국가들은 일명 “opting-out” 방식이 도입되어야 한다는 주장을 제기했다.⁸⁵

⁸² 해당 부분 원문은 다음과 같다.

“But it is quite another thing to say that, because a multilateral treaty embodies custom, a newly independent State must be considered as *contractually* bound by *the treaty as a treaty*.” (*ibid.*) (기울임은 원문 강조)

⁸³ *Ibid.*

⁸⁴ *Ibid.*, pp. 213-4, paras. 15-6.

⁸⁵ Kooijmans, Peter H., “State Succession and the 1929 Warsaw

이러한 내용이 담긴 개정안을 제안한 나라는 네덜란드와 소련이었다. 네덜란드는 최종초안 제16조(Participation in treaties in force)에 신생독립국은 국가승계가 발생한 영토에 발효하고 있는 ‘보편적 참여에 개방된 어떠한 다자조약(any multilateral treaty open to universal participation)’⁸⁶에라도 당사자가 되길 원하는 것으로 간주되어야 한다는 내용의 추가를 제안했다. 이러한 조약은 신생독립국과 타 당사국 사이에 선행국과 같은 조건으로 적용된다는 내용이었다.⁸⁷ 소련도 유사한 내용의 개정안을 제출하였는데, 보편적 성격의 조약의 경우(any treaty of universal character), 국가승계일 당시 국가승계가 발생한 영토에 발효 중이던 조약은 신생독립국이 해당 조약의 종료 통고를 하기 전까지, 신생독립국과 타당사국 사이에 잠정 적용되며, 신생독립국은 그 동안 승계통고를 통해 당사국이 될 수 있다고 주장했다.⁸⁸

이 같은 제안은 국가들의 열띤 토론을 야기하였고, 이를 지지하는 국가들도 상당수였다. 대표적으로 가이아나 대표 Shahabuddeen은 두 개정안 모두 국제적 공백을 막기 위한 공통의 목표에 기인하

Convention: a Case-Study” , in Masson-Zwaan, T.L. and Mendes de Leon, P.M.J. (eds.), *Air and Space Law: De Lege Ferenda* (Kluwer Academic Publishers, 1992), p. 121.

⁸⁶ 이후 네덜란드는 ‘보편적 참여에 개방된 다자조약’이 최소 전체 유엔 회원국에 참여가 개방된 국제 협정을 의미한다고 덧붙였다. (*UN Conference on Succession of States in Respect of Treaties*, 1977 Session and Resumed Session 1978, Official Records, Vol III, *Documents of the Conference*, UN. Doc. A/CONF.80/16/Add.2, p. 112, note 9).

⁸⁷ *UN Conference on Succession of States in Respect of Treaties*, 1977 Session and Resumed Session 1978, Official Records, Vol III, *Documents of the Conference*, UN. Doc. A/CONF.80/16/Add.2, Annex, UN. Doc. A/CONF.80/C.1/L.35 (Netherlands).

⁸⁸ *Ibid.*, Annex, UN. Doc. A/CONF.80/C.1/L.22 (Union of Soviet Socialist Republics).

며, 적어도 다자조약의 경우엔, 계속성의 원칙이 긴급하며, 신생국 이익에의 위협은 최소라고 주장했다. 또한 국가들의 실행은 신생 독립국들이 이러한 조약에의 적용을 원한다는 것을 보여주며, 따라서 이러한 규칙은 백지출발원칙에 모순되지 않는다는 입장이었다.⁸⁹ 폴란드 대표 또한 소련의 개정안을 지지하며, 일반적 다자 조약은 가능한 많은 국가에 적용되어야 하고 이러한 조약에의 접근은 최대한 쉬워야 한다고 주장했다. 또한 1949년 제네바 협약과 같은 협약의 계속적 적용은 신생독립국에게도 도움이 된다고 덧붙였다.⁹⁰

하지만 무엇보다 극복하기 어려웠던 한계는 두 개정안이 상정하는 “보편적 참여에 개방된 다자조약” 또는 “보편적 성격의 조약”의 정의에 대한 의문이었다. 앞서 입법조약의 정의를 둘러싸고 비판이 있었던 것과 마찬가지로, 이른바 ‘보편적 조약’의 정의 또한 명확하지 않았던 것이다.

이 같은 혼돈은 각국 대표들의 다양한 해석으로 이어졌다. 대표적으로, 세네갈 대표는 네덜란드의 개정안과 소련의 개정안이 상정하는 두 조약의 범주가 각기 다른 기준의 분류임에 주목하였다. 네덜란드의 개정안에서 등장하는 상정하는 “보편적 참여에 개방된 다자조약”의 경우, 이는 “적어도 유엔 회원국 전체에 개방된” 국제협정으로 볼 수 있으며 절차적 기준에 따른 분류인 반면, “보편적 성격의 조약”의 경우 “국제법의 성문화와 점진적 발전을 다루거나 또는 그 대상과 목적이 국제공동체 전체의 이익에 해당하는” 다자조약으로 정의될 수 있으므로, 실질적 기준이 적용된다고 설명

⁸⁹ *UN Conference on Succession of States in Respect of Treaties*, First Session, Official Records, *Summary records of the plenary meetings and of the meetings of the Committee of the Whole*, Vol. I, UN. Doc. A/CONF.80/16, pp. 162-3, paras. 61-6.

Shahabuddeen은 이후 *Bosnian Genocide Case*에서도 이와 유사한 논지의 개별의견을 제출했다. 보다 자세한 내용은 ‘제4장 구유고 제노사이드 사건’에서 확인할 수 있다.

⁹⁰ *Ibid.*, p. 164 paras. 9-10.

하였다.⁹¹

헝가리 대표는 “보편적 성격의 조약”이라는 표현이 최근 유엔 후원 하에 열린 회의나 ICJ에서 수 차례 언급되어 왔으며, 이러한 조약의 역할과 기능에 관한 상당수의 연구가 존재한다고 언급했다. 더 나아가 이러한 조약을 세 주요 주제로 분류하며, 국제 평화와 안보의 유지, 국제법의 성문화와 점진적 발전, 인권 보호의 보장과 관련된 조약을 제시했다.⁹²

수단 대표는 이러한 개념의 문제점이 정의(definition)라고 지적하며, NPT(the Treaty on the Non-Proliferation of Nuclear Weapons)의 예를 들었다. NPT의 경우 국제공동체 일부 국가에게는 “보편적 성격의 조약”으로 여겨지지만, 이러한 조약이 두 개정안에 따라 잠정 적용되거나 가입을 원하는 것으로 추정된다면 어려움과 혼란이 발생할 것이라고 지적하였다.⁹³ 아일랜드 대표도 두 표현의 애매함을 지적하며, 보다 만족스러운 정의가 필요하다고 주장했다.⁹⁴

결과적으로 핵심 표현의 명확한 정의가 부재한 상황 속에서, 협약 채택을 위한 시간적 압박이 있었고, 네덜란드와 소련은 자체적으로 해당 개정안을 철회하였다. 따라서, 최종초안 제16조는 표결 없이 채택되었다.⁹⁵

바) 겹 토

‘입법조약’ 및 ‘보편적 조약’과 관련된 논의는 1978년

⁹¹ *Ibid.*, p. 165, para. 14.

⁹² *Ibid.*, pp. 166–7, para. 24.

⁹³ *Ibid.*, p. 175, para. 44.

⁹⁴ *Ibid.*, p. 181, para. 38.

⁹⁵ *Ibid.*, p. 186, para. 17.

비엔나 협약 채택 과정에서 상당히 빈번하게 등장했다. 하지만, 개념의 불명확성에 의해 협약 규정에 포함되지 않았다. 물론, 보다 근본적으로는 ILC 논의과정에서 등장한 ‘입법조약’과 유엔 전권대표회의에서 등장한 ‘보편적 조약’을 같은 맥락에서 검토할 수 있는지 자체에 대한 의문도 제기될 수 있을 것이다. 하지만, 입법조약의 경우 ‘국제사회 전체를 규율하는 보편성’이 핵심 요소였던 만큼, 전권대표회의에서 등장한 개념들과도 맥을 같이할 수 있다고 판단했다. 뿐만 아니라 이후 여러 국가승계 관련 ICJ 재판에서 사건의 당사자들이 전권대표회의에서 등장한 내용과 입법조약의 자동승계 내용을 같은 맥락에서 인용하고 있음을 확인할 수 있다.⁹⁶ 추가로, 전권대표회의에서의 언급들을 입법조약에 관한 논의로 정리하는 학자도 있었다.⁹⁷

따라서 두 논의를 같은 맥락에서 비교할 때, 두 논의 모두 개념의 부정확성에 근거해 자동승계 주장이 채택되지 않은 듯 했다. 하지만, 개념의 부정확성이 자동승계 반대 근거로 작용할 수 있는 정도는 한계가 있어 보인다. 앞선 영토적 조약의 자동승계 역시 개념의 부정확성이라는 한계를 여전히 극복하지 못했음에도 불구하고 국제관습법으로 인정되고 있기 때문이다.⁹⁸ 따라서 개념의 부정확성에 대한 비판을 넘어, 해당 원칙 자체가 확립될 수 있는지에 대한 보다 근본적이고 건설적인 논의가 필요한 것이다.

이러한 단초는 ILC 주석에서 발견되는 듯 하다. 물론, Vallat의 보고서로부터 최종초안 및 주석을 채택하기 까지 해당 내용이 채택되지 않은 명시적 근거로는 ‘개념의 모호성’이 제시되었다. 하지만, Vallat의 보고서와 ILC 초안은 한걸음 더 나아가 이러한 조약의

⁹⁶ 보다 자세한 내용은 ‘제4장 구유고 제노사이드 사건’에서 검토하기로 한다.

⁹⁷ Kooijmans, Peter H., *supra* note 85, p. 121.

⁹⁸ *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)*, ICJ Reports 1997, p. 72, para. 123; Jennings, Robert and Watts, Arthur (eds.), *supra* note 55, p. 213.

자동승계가 갖고 있는 근본적 한계를 지적한다. 즉, 자동승계 대상의 정립 문제와는 별개로, 조약의 특정 성격으로 인해 해당 조약 전체에 승계국이 *계약자*로서 구속될 수 있는지의 문제에 대해 반론을 제기한 것이다. 특히 강제 분쟁 해결 조항과 같은 순전히 계약적인 규정도 포함될 수 있음 언급되었다. 이러한 근본적 문제제기는 이후 인권조약의 자동승계를 검토할 때도 많은 시사점을 줄 것이다.⁹⁹

그럼에도 불구하고 이러한 결과가 해당 자동승계에 대한 완전한 무시로 해석될 순 없을 것이다. 채택 과정에서 이에 대한 진지한 논의가 진행되었다는 것만으로도 국제사회가 해당 주제에 상당한 관심을 두고 있음이 확인되기 때문이다. 특히, ILC의 논의 및 주석, 두 국가의 제안과 이에 대한 지지를 포함한 열띤 논의과정은 향후 이에 대한 법적 확신의 발전 가능성을 충분히 보여주는 듯 했다.

제 3 절 인권조약 자동승계

입법조약을 중심으로 하는 자동승계 논의는 인권조약이라는 특정 분야로 확대되기 시작했다. 인권조약은 앞선 입법조약 및 보편적 조약의 세부적 예로 언급되며 빈번하게 등장하였다. 본 절에서는 인권에 중점을 둔 이른바 인권조약 자동승계 논의의 발전 과정을 살펴볼 것이다. 기존 논의의 흐름 속에서 앞선 논의와 비교 분석하는 것도 흥미로울 것이다.

I. 학 설

⁹⁹ 이외에도 추가적 논의는 ‘제4장 구유고 제노사이드 사건’의 ‘제2절 *Bosnian Genocide Case*’에서의 ‘IV. 인권 조약 자동승계 개별의견’ 중 ‘가) 찬성의견’의 ‘국가주권’ 부분을 참고하라.

Jenks는 1950년대부터 입법조약에 대한 논의와 함께 ‘개인 또는 단체에 권리를 부여하는 조약’이라는 표현으로 인권조약의 자동승계를 암시하였다. 그는 입법적 성격의 다자조약상 의무의 수락이 ‘개인 또는 단체에 권리를 부여하는 효과를 가진 경우’, 이는 이러한 조약상 의무의 계속 적용의 또 다른 근거가 된다고 설명하면서, ‘개인 또는 단체에 권리를 부여하는 어떠한 조약’이라도 같은 원칙이 적용될 것이라고 설명했다.¹⁰⁰

이 같은 Jenks의 저술 이후 약 40년이 지나, Mullerson은 구 유고와 소련의 승계실행을 분석하여, 국가승계의 영향을 받지 않는 두 개의 조약범주를 제시했다. 첫째는 보편적 조약(Universal Treaties)으로, 기존의 관습법을 성문화한 이들 조약의 경우 상황의 변화로 인해 적용이 중단된다고 볼 수 없다고 강조했다. 그가 예로 든 조약은 외교 영사 관계에 관한 비엔나 협약, 조약법에 관한 비엔나 협약, 및 유엔 인권 협약들로 이들은 대다수 국가들에 의해 비준되어 보편적 성격을 띤다고 설명했다.¹⁰¹

둘째 범주는 국제인권조약으로, 그는 분리독립 또는 해체의 결과로 등장한 신생국들이 다자 인권조약의 승계를 강하게 지지해 왔다고 설명했다. 그는 이러한 조약들이 국가들 상호간의 약속을 포함하면서도, 관할권 내에 있는 국민들의 권리와 자유를 포함한다고 설명했다. 이러한 점에서 이러한 권리 및 자유는 일종의 “기득권(Acquired Rights)”에 해당하며, 새로운 국가는 이를 제거할 자유가 없다고 설명했다.¹⁰²

그는 *German Settlers Case*를 인용하며 국제법상 기득권의 보호는 일반적으로 인정되며, 인권이 국제법에서의 기득권의 범주에 포함되어야 함을 의미하진 않지만,¹⁰³ 인권조약상 의무는 국가의 타

¹⁰⁰Jenks, C. Wilfred, *supra* note 67, p. 142.

¹⁰¹ Mullerson, Rein, *supra* note 4, pp. 489-90.

¹⁰² *Ibid.*, p. 490.

¹⁰³ 그는 일반적으로 국제법에서 통용되는 기득권과 구분하기 위해, 인

국에 대한 의무가 아닌 보호받는 개인의 권리에 관한 것이므로 재산권보다 결코 덜 중요할 수 없다고 설명했다. 특히, 국제법이 기득권의 보호를 다루기 시작하는 시점에는 국제인권협약이 없었지만, 오늘날은 대부분의 국가가 보편적 인권 협약에 참여함을 염두에 둘 때, 인권이 기득권처럼 보호되어야 함은 당연하다고 주장했다.¹⁰⁴

이후 Schachter도 미래의 국가승계법을 예측하며 Mullerson과 유사한 입장을 제시했다. 그는 분리 또는 해체로 등장한 신생국의 경우, 선행국 의무의 계속적 적용이 일반적으로 받아들여질 것이며, 그 중에서도 모든 국가에게 개방된 소위 “보편적” 성격의 다자 조약의 경우 보다 강한 계속성이 적용될 것으로 예측했다. 이러한 예로, 외교 영사관계에 관한 비엔나 협약, VCLT와 같은 성문화 조약과, 새로운 법의 “발전(development)”에 해당하는 입법조약을 제시하며, 유엔 인권조약에 대한 Mullerson의 주장을 언급했다. 그는 Mullerson의 국제인권조약과 기득권과의 유추는 앞으로도 자주 인용될 것으로 예상했다.¹⁰⁵

이후 등장한 Kamminga의 저술은 보다 강력하게 인권조약의 자동승계를 지지하는 모습을 보였다. 그는 Jenks의 논의, VCLT상 인권조약의 특징, *German Settlers Case* 등을 언급하며 인권조약은 승계의 영향을 받지 않는다고 주장했다.¹⁰⁶ 1990년대 이후의 국가

권을 지칭할 땐 따옴표를 통해 “기득권”이라고 표현한다. (*ibid.*, pp. 490-1.)

¹⁰⁴ *Ibid.*, pp. 490-2.

¹⁰⁵ Shachter, Oscar, *supra* note 6, pp. 258-60.

¹⁰⁶ Kamminga, Menno T., *supra* note 6, p. 472-3.

그는 VCLT상 인권 조약의 특징으로 두 가지를 언급했는데, 첫째는 종료조항의 부재이다. 그는 극히 일부의 예외를 제외하고는, 심지어 정부의 급격한 변화가 발생했다 할지라도, 국가들은 인권 조약을 종료하지 않았다고 주장했다. 그는 이란의 예를 들었는데, 1979년 호메이니 정권이 이란의 샤왕조를 대체했을 때에도 새로운 정부는 이란이 당사국이었던 ICCPR 등의 인권 조약을 종료하지 않았다고 설명했다.

둘째로, 인권 조약이 보장하는 권리의 특별한 성격에 대한 또 하나의

실행(체코슬로바키아, 유고슬라비아, 소련, 홍콩)은 인권조약이 국가 승계의 영향을 받지 않으며, 이러한 의무의 계속이 법률상(*ipso jure*) 발생함을 보여준다고 설명했다. 따라서 승계국은 이를 확인할 어떠한 의무도 없으며¹⁰⁷ 다른 국가의 동의도 필요하지 않다고 서술했다. 또한, 특정 영토에 거주하는 개인은 인권조약에 의해 수여된 권리를 계속해서 누릴 수 있으며 국가승계로 인해 이러한 보호를 빼앗기지 않는다고 언급하며, 인권조약은 국경조약 및 기타 영토조약과 같이 ‘지역화된(localized)’ 성격을 갖는다고 주장했다.¹⁰⁸

II. 유엔 기구 의견

이 같은 논의는 학자들뿐 아니라 다양한 유엔기구들에 의해 적극적으로 표현되었다. 인권 위원회(Commission on Human Rights)¹⁰⁹는 1993년 3월 5일 제49차 회의에서, 승계국은 선행국이 당사국이었던 조약을 승계하고 계속적으로 책임을 부담한다고 언급하였으며, 이들이 적절한 기탁기관에 인권조약상 의무에 계속

증거로 VCLT 제60조 5항을 제시했다. 이는 “상기 1항 내지 3항은 인도적 성질의 조약에 포함된 인신의 보호에 관한 규정 특히 그러한 조약에 의하여 보호를 받는 자에 대한 여하한 형태의 복구를 금지하는 규정에 적용되지 아니한다”고 규정함으로써 조약위반이 발생했다 해도 인권 조약은 종료 또는 시행 정지되지 않음을 분명히 하였다.

¹⁰⁷ 이와 관련해서 Kamminga는 인권 조약을 계속 준수하겠다는 내용을 담은 통고는 엄격하게 요구되진 않지만, 실제로는 이러한 행동이 기존의 불명확성을 해결하기 때문에, 기탁처와 다른 당사국들에 의해 기꺼이 수락된다고 설명한다. (*ibid.*, p. 482, note 70.)

¹⁰⁸ *Ibid.*, pp. 482-3.

¹⁰⁹ 2006년 3월 15일 유엔 총회 결의를 통해 유엔 인권 이사회(Human Rights Council)로 대체되었다. (참고: 조형석, “UN 인권체제의 변화”, 국제법 동향과 실무, 통권 제14호 (2006), pp. 32-3).

구속 받음을 확인하도록 촉구하였다.¹¹⁰ 승계국의 승계 통고를 촉구했다는 점을 미루어 볼 때, 해당내용을 자동승계 지지 입장으로 해석하는 것은 논리적 비약일 것이다.¹¹¹ 하지만, 이후 1994년과 1995년에 걸쳐 유사한 요청이 반복되었음을 염두에 둘 때, 인권 위원회가 적어도 국가들의 인권조약 승계를 지지하는 것으로 해석할 수 있을 것이다.¹¹²

또한 1994년 19일부터 23일까지 열린 제5차 인권조약기구 의장 회의에서도 국가승계문제가 논의되었다. 이들은 아직 승계 통고를 하지 않은 승계국들의 통고를 촉구하면서도, 승계국들이 인권조

¹¹⁰ Commission on Human Rights Resolution, UN. Doc. E/CN.4/RES/1993/23 (5 March 1993).

관련 부분 원문은 다음과 같다.

“Considering that as successor States they shall succeed to international human rights treaties to which the predecessor States have been parties and continue to bear responsibilities,

...

1. Encourages successor States to confirm to appropriate depositaries that they continue to be bound by obligations under relevant international human rights treaties.” (밑줄은 원문 강조)

¹¹¹ 공식적 방법을 통한 승계국의 의사표명을 요청했다는 점에서, 유엔 인권 위원회의 실행을 자동승계의 반대 실행으로 평가하는 입장도 있다. (Rosenne, Shabtai, “Automatic Treaty Succession,” in Klabbers, Jan and Lefeber Rene (eds.), *Essays on the Law of Treaties: A Collection of Essays in Honour of Bert Vierdag* (Martinus Nijhoff Publishers, 1998), p. 105.)

¹¹² Commission on Human Rights Resolution, UN. Doc. E/CN.4/RES/1994/16 (25 February 1994), para. 1, Commission on Human Rights Resolution, UN. Doc. E/CN.4/RES/1995/18 (24 February 1995), para. 1.

약에 자동적으로 구속된다는 입장을 취했다. 승계국은 독립시점부터 자동적으로 국제인권조약상 의무에 구속을 받으며, 이러한 의무의 준수는 승계국 정부의 확인 선언에 의존하지 않는다는 입장이었다. 엄밀한 의미에서의 자동승계는 승계통고의 영향을 받지 않음을 고려할 때, 이 같은 입장은 다소 혼잡적으로 보인다. 하지만 이는 현실 반영에 따른 언급으로 보인다. 즉, 인권조약 자동승계의 확립 의무가 불확실한 상황에서, 이에 대한 지지 의견을 밝히면서도 관련 국가들의 행동을 촉구함으로써 현실적인 방안을 제시하는 것으로 해석된다. 어쨌든 앞선 인권 위원회의 의견에 비해 직접적으로 인권 조약의 자동승계를 지지하는 입장임은 확실했다.¹¹³

인권조약 감시 기구들도 그들의 권한 내에 있는 조약의 자동적 적용을 지지하는 견해를 표명하였는데, 그 중 ICCPR의 조약기구인 HRC의 활동이 대표적이다. 1992년 10월 7일 HRC는 보스니아 헤르체고비나(이하 ‘보스니아’로 약칭)에서 발생한 사건으로 인해 규약에 의해 보장받는 인권이 영향 받을 것을 염려하여 보스니아 정부로 하여금 보고서를 제출하도록 요청하였다. 보스니아 정부는 이에 응하여 짧은 보고서를 제출했고,¹¹⁴ HRC는 모든 구유고 국민들이 규약에 의해 규정되는 보호를 받을 권리가 있다고 확인했

¹¹³ Commission on Human Rights, Succession of States in respect of international human rights treaties: Report of the Secretary-General, UN. Doc. E/CN.4/RES/1995/80 (28 November 1994), p. 4, para. 10.

¹¹⁴ Human Rights Committee, 46TH Session, Summary Record of the 1200th Meeting, UN. Doc. CCPR/C/SR.1200 (13 April 1993).

보고서는 다음의 내용을 포함하고 있었다.

(a) 규약 제6조와 제12조와 관련된 인종청소 정책 막기 위한 조치, (b) 규약 제6조와 9조와 관련된 실종, 살인 및 자의적 구금을 막기 위한 조치, (c) 규약 제6조, 제7조, 제10조와 관련된 자의적 처형, 고문, 수용소에서의 비인간적 처우를 막기 위한 조치, (d) 규약 제20조와 관련된 국가적(national), 인종의, 종교적 혐오에 대한 지지를 격퇴하기 위한 조치. (p. 2, para. 1.)

다.¹¹⁵ 이후 당사국들의 보고서를 검토하기 위해 열린 제46차 회기에서 보스니아 대표 Filipovic가 자국의 인권 상황을 소개했으며,¹¹⁶ HRC 의장인 Higgins는 보스니아 대표의 참석이 보스니아 정부가 규약의 자국 영토 적용을 의무로 여기고 있음을 보여준다고 덧붙였다.¹¹⁷

또한, 1997년 10월 20일 일반 논평 제26호를 채택하여, 규약에 규정된 권리는 영토에 거주하는 주민(people)에 속하므로, 일단 사람에게 규약에 따른 권리의 보호가 부여되면 이러한 보호는 영토에 부착되어(devolve with territory) 사람들에게 계속 속한다는 입장을 개진했다. 따라서 국가의 해체 또는 국가승계를 포함한 정부의 변경에 영향을 받지 않는다는 설명이었다. 추가로 국제법은 규약을 비준, 가입 또는 승계한 당사국이 이를 폐기하거나 탈퇴하는 것을 허용하지 않는다고 언급했다.¹¹⁸

¹¹⁵ *Ibid.*, p. 2, para. 1.

¹¹⁶ *Ibid.*, p. 2-4, paras. 3-8.

¹¹⁷ *Ibid.*, p. 5, para. 14.

이후 1993년 9월 1일, 보스니아는 해당 규약을 승계했다.

(UN Treaty Collection, https://treaties.un.org/Pages/ParticipationStatus.aspx?clang=_en)

¹¹⁸ Human Rights Committee, General Comment No. 26, UN. Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.8/Rev.1 (8 December 1997), p. 2, para. 4.

해당 부분 원문은 다음과 같다.

“The rights enshrined in the Covenant belong to the people living in the territory of the State party. The Human Rights Committee has consistently taken the view, as evidenced by its long-standing practice, that once the people are accorded the protection of the rights under the Covenant, such protection devolves with territory and continues to belong to them, notwithstanding change in government of the State party, including dismemberment in more than one State or State

살펴본 바와 같이 이들은 상당히 적극적으로 인권조약의 자동승계를 주장해왔다. 하지만, 이들이 국제법의 발전을 담당하고 성문화하거나 확인하는 역할 및 권한을 가진다고 보기 어렵다는 점에서, 이들의 입장을 해당 원칙의 확립여부를 파악하는 핵심 근거로 간주하기엔 어려울 것이다. 특히 가장 활발한 활동을 보였던 HRC와 같은 조약기구는 자신이 담당하는 조약이 규정하는 인권의 효율적 이행을 위해 활동한다. 따라서 이들의 견해는 보다 ‘인권 중심적’ 경향이 두드러진다. 그럼에도 불구하고 이들의 견해가 국제사회 내의 인권조약 자동승계의 담론을 조성하는데 큰 역할을 해왔음은 부정할 수 없을 것이다.

제 4 절 소 결

학계의 인권조약 자동승계 주장은 1990년대부터 본격적으로 등장하였으며, 유엔 인권 기구들의 자동승계 지지 견해도 1990년대 들어 활발하게 개진되었다. 따라서 인권조약 자동승계 주장은 1990년대에 들어 본격적으로 등장하기 시작한 비교적 최근의 논의라고 할 수 있겠다.

그럼에도 불구하고 인권조약 자동승계를 뒷받침하는 다양한 주장들은 앞서 검토한 영토적 조약 및 입법조약 자동승계 논의와 밀접히 연관되어 있음이 확인된다. 보다 구체적으로는, 우선 영토적 조약과의 유추를 들 수 있을 것이다. 즉, 인권조약과 같이 권리를 개인에게 수여하는 조약은 ‘영토에 부착되는’ 영토적 조약과 같이 ‘개인에 부착되어’ 국가승계의 영향을 받지 않는다는 것이다. 이는 기존 국가승계법 내에서 이미 확립된 자동승계 대상과의 유추를 통해 인권조약의 자동승계를 입증하려는 시도로 볼 수 있을 것

succession or any subsequent action of the State party designed to divest them of the rights guaranteed by the Covenant.”

이다. 특히, 영토적 조약은 범주가 불명확함에도 불구하고 국제관습법으로 확립되었으므로, 인권조약 자동승계 담론의 한계인 범주의 모호성을 극복하는 데 도움을 줄 것으로 예상된다.

또 다른 특징은 입법조약 자동승계와의 연관성이다. 즉, 보편적 성격의 입법조약의 자동승계에 근거하여 유사한 성격의 인권조약 역시 자동승계 될 수 있다는 주장이다. 특히 학자들의 견해 상당수가 입법조약 자동승계의 연장선 상에서 인권조약의 자동승계를 논하고 있었다. 하지만 앞서 확인한 입법조약 자동승계 주장의 근본적 한계를 고려할 때, 입법조약 자동승계와 분리될 수 없는 인권조약 자동승계 담론 역시 동일한 비판의 여지가 있음이 분명하다.¹¹⁹

그럼에도 불구하고, 이 같은 기존 논의와의 연결성은 해당 이론의 정당성을 확보하려는 시도로서 많은 장점을 갖는다. 특히, 기존의 원칙과 유비가 가능하다는 점 자체는 인권조약 자동승계 논의가 장차 이와 유사한 법리를 통해 확립될 가능성이 있음을 암시하는 듯 하다. 또한, 기존 논의와의 유사점은 국제사회의 구성원들이 인권조약 자동승계 이론에 보다 쉽게 공감하도록 도울 것이다.

이처럼 1990년대 이후로 급격히 국제사회의 관심을 받으며 등장하기 시작한 ‘인권조약 자동승계’ 이론은 얼마 지나지 않아 ICJ를 포함한 국제 재판에서 주요 쟁점으로 등장하게 되었다. 구유고 해체라는 맥락 속에서 제기된 다수의 사건들이 본 논의에 주는 시사점이 많을 것으로 기대된다.

¹¹⁹ 입법조약 자동승계 논의의 근본적 한계는 ‘제3장 자동승계’의 ‘제2절 입법조약 자동승계’에서 ‘I. 학계의 논의’ 중 ‘나) 자동승계 주장’과 ‘II. 1978년 비엔나협약 채택 과정 논의’ 중 ‘라) 검토’ 부분에 언급되어 있다.

이 외에도, 추가적 논의는 ‘제4장 구유고 제노사이드 사건’의 ‘제2절 *Bosnian Genocide Case*’에서의 ‘IV. 인권 조약 자동승계 개별의견’ 중 ‘가) 찬성의견’의 ‘국가주권’ 부분을 참고하라.

제 4 장 국제 재판소 판례

해당 사건들은 구유고의 해체라는 국제정치적 흐름 속에서, 국가승계와 관련된 다양한 논점들이 다뤄진 매우 주요한 사건들이다. 대표적으로 ICJ의 *Bosnian Genocide Case*와 *Croatian Genocide Case*를 꼽을 수 있으며, 이 두 사건에서 양 당사자는 인권조약의 자동승계를 포함한 일반 국가승계법의 다양한 사안들에 관한 각자의 입장을 표명하였고, 재판소는 이에 대한 평가를 내려야 했다. 두 사건이 정확히 일치하진 않지만 많은 부분에서 유사한 모습을 보였으며, 시간적 차이에 따른 당사자의 입장 전환도 매우 흥미로웠다. 이 외에도 ICTY와 ECHR의 판결에서 인권조약 자동승계에 관한 재판소의 입장이 확인되므로 함께 검토하였다.

이 중에서도 신유고가 당사자로 포함된 사건들은 1992년부터 2000년 사이의 신유고의 유엔 내 법적 지위라는 쉽지 않은 문제를 마주해야 했다. 이는 국가승계 관련 논점들과 얽혀 사건의 양상을 보다 복잡하게 만들었다. 따라서 본격적으로 개별 사건을 다루기에 앞서, 이에 대한 검토를 선행하고자 한다.

제 1 절 사건 배경

I. 구유고 해체

유고슬라비아는 1946년 1월 보스니아, 크로아티아, 마케도니아, 몬테네그로, 세르비아 및 슬로베니아의 6개 공화국이 연합한 연방공화국으로 탄생하였다. 이후 1974년 ‘유고슬라비아 사회주의 연방공화국 (Socialist Federal Republic of Yugoslavia: 구유고)’으로 재편되었으며, 이후의 세르비아-몬테네그로가 구성한 ‘신유고 연

방’ 과 구분하기 위해 ‘구유고 연방’ 으로 불린다.

하지만 냉전 종식 등의 국제정세의 변화와 내부 공화국들 간의견차는 1990년대 초반 해체의 움직임으로 이어졌으며, 크로아티아와 슬로베니아(1991년 6월), 마케도니아(1991년 8월), 보스니아(1992년 4월) 각각 독립을 선언하기에 이르렀다. 크로아티아, 슬로베니아, 보스니아는 1992년 5월 유엔에 가입했으며, 마케도니아는 1993년 4월 8일에 유엔에 가입하였다. 마케도니아는 그리스와의 국명 분쟁을 고려하여 "마케도니아 구유고슬라비아 공화국"(The former Yugoslav Republic of Macedonia)이라는 이름으로 활동하고 있다.

남겨진 두 공화국인 세르비아와 몬테네그로는 구유고 연방 영토의 약 40퍼센트, 인구의 약 45퍼센트를 차지하고 있었다. 이들은 ‘유고슬라비아 연방공화국 (Federal Republic of Yugoslavia: 신유고)’ 이라는 이름의 공동국가를 형성하고, 1992년 4월 27일 신유고가 구유고와 동일한 국가임을 선언하였다.¹²⁰

II. 신유고의 법적 지위

¹²⁰ GA, Letter dated 6 May 1992 from the chargé d'affaires a.i. of the Permanent Mission of Yugoslavia to the UN addressed to the Secretary-General, UN Doc. A/46/915 (7 May 1992), Annex II, Declaration, p. 4, para. 1.

해당 부분은 다음과 같이 시작한다.

“The Federal Republic of Yugoslavia, continuing the state, international legal and political personality of the Socialist Federal Republic of Yugoslavia, shall strictly abide by all the commitments that the SFR of Yugoslavia assumed internationally, … ”

신유고의 동일성 및 계속성 주장에 대한 국제사회의 반응은 다음과 같았다. 우선, 신유고를 제외한 나머지 구유고 국가들 중 슬로베니아, 크로아티아, 보스니아는 구유고가 해체되었다는 주장에 입각하여, 신유고의 입장을 명시적으로 거부하였다. 미국 및 EC(European Community)도 신유고의 동일성 주장을 거부하였다.¹²¹

이러한 상황에서, 1992년 5월 30일, 유엔 안보리는 결의 757을 통해 신유고가 구유고의 유엔 회원국 지위를 자동승계한다는 주장이 일반적으로 수락되지 않았음을 언급하였고,¹²² 이후 결의 777은 결의 757의 내용을 재확인하면서, 구유고가 더 이상 존재하지 않는다고 선언하였다. 또한 총회로 하여금 신유고가 유엔에 새롭게 가입하고 총회 활동에 참석하지 못하도록 결정할 것을 권고하였다.¹²³ 이에 따라 유엔 총회는 결의 47/1을 채택하여 신유고의 총회 참석을 정지시켰으며,¹²⁴ 1993년 4월 결의 47/229를 통해 경제사

¹²¹ 구유고의 분열과 이에 대한 국제사회의 반응은 다음의 논문을 참고하라.

Williams Paul, R, "The Treaty Obligations of the Successor States of the Former Soviet Union, Yugoslavia, and Czechoslovakia: Do They Continue in Force", *Denver Journal of International Law and Policy*, Vol. 23, (1994-6), pp. 4-6, Blum, Yehuda Z., "UN Membership of the "New" Yugoslavia: Continuity or Break?", *American Journal of International Law*, Vol. 86, No. 4 (1992), pp. 830-1.

¹²² SC Resolution, UN Doc. S/RES/757 (30 May 1992).

해당 부분 원문은 다음과 같다.

"the claim by the Federal Republic of Yugoslavia (Serbia and Montenegro) to continue automatically the membership of the former Socialist Federal Republic of Yugoslavia in the United Nations has not been generally accepted."

¹²³ SC Resolution, UN Doc. S/RES/777 (19 September 1992).

¹²⁴ GA Resolution, UN Doc. A/RES/47/1 (22 September 1992).

회의사회 참석도 정지시켰다.¹²⁵

이 같은 상황에서 보스니아와 크로아티아는 유엔 총회 결의 47/1을 통해 야기된 법적 상황에 대한 해석을 요구하는 서한을 유엔 사무총장에게 보냈다. 해당 서한에서 두 국가는 구유고는 더 이상 유엔의 회원국이 아니며, 신유고도 회원국이 아니므로, 신유고는 유엔에 새롭게 가입해야 한다고 언급했다. 특히, “Yugoslavia”라는 이름의 명패가 전과 같이 유지되고, 유엔 국기 게양대에도 구유고가 사용하던 국기가 그대로 게양되고 있는 상황에 대해, “Yugoslavia”는 어떠한 실체도 대변하지 않는다고 설명했다. 신유고는 ‘구유고의 명칭’과 ‘구유고가 사용한 국기’ 모두를 포기했으므로, 구유고과의 동일성 주장은 어떠한 법적 근거도 없다는 해석이었다.¹²⁶

이러한 두 국가의 요청에 대해, 유엔 사무차장 및 유엔 법률국은 다음과 같이 의견을 밝혔다. 신유고는 유엔 총회와 총회 보조기관 및 총회에 의해 소집된 회의에 참여할 수 없지만, 이는 유엔 내에서의 유고슬라비아 회원지위의 종료 또는 중지를 의미하지 않는다는 내용이었다. 따라서, 유고슬라비아의 의석 및 명패는 전과 같이 유지되며, 유엔 본부 내의 유고슬라비아 대표부와 사무실 또한 그 기능을 계속하며 문서를 받고 회람할 것이라고 설명했다. 유엔 국기 게양대에도 구유고가 사용하던 국기를 그대로 게양할 것이며, 유엔 총회 이외 기관 활동에 참여할 권리를 박탈하는 것이 아니며, 이 같은 불확실한 상황은 새로운 유고슬라비아가 유엔 헌장 제4조에 따라 가입함으로써 종결될 것이라고 평가했다.¹²⁷

¹²⁵ GA Resolution, UN Doc. A/RES/47/229 (5 May 1993).

¹²⁶ GA, Letter dated 25 September 1992 from the Permanent Representatives of Bosnia and Herzegovina and Croatia to the UN addressed to the Secretary-General, UN. Doc. A/47/474 (27 September 1992).

¹²⁷ GA, Note by the Secretary-General, UN Doc. A/47/485 (30 September 1992), Annex, Letter dated 29 September 1992 from the

하지만 이 같은 해석에도 불구하고 유엔 내 유고슬라비아 상황은 명쾌하게 이해하기 어려웠다. 특히, 유고슬라비아의 회원국의 지위가 종료 또는 중지되지 않았지만, 신유고의 가입이 요청된다라는 유엔 법률국의 해석은 정반대의 모순되는 상황을 동시에 가정하는 것에 불과했다.

뿐만 아니라, 유엔 총회 내에서의 유고슬라비아의 활동 중지의 법적 근거가 명확하지 않았다. 한 예로, 당시 인도 대표와 짐바브웨 대표는 안보리 결의 777의 채택을 앞두고 안보리의 활동 정지 결정은 법적 근거가 없으며 신유고에 대한 불평등한 처우라고 비판하였다. 그 근거로, 유엔헌장에 따르면 회원국의 지위를 정지하거나 제명할 수 있는 권리는 오직 헌장 제5조와 제6조에 의해 행해져야 함에도 불구하고, 해당 결의안에서는 유엔 헌장 제5조나 제6조에 대한 언급이 전혀 없으며, 유고슬라비아의 상황은 헌장이 규정한 상황과도 부합하지 않는다고 주장했다.¹²⁸

Blum 또한 유엔 사무차장과 법률국의 설명은 명백히 터무니 없는 상황을 이해시키려는 의미 없는 노력에 불과했다고 비판했다. 그는 유엔 총회 결의 47/1과 47/229를 통해 취해진 수단들은 어떠한 법적 근거도 없으므로, 구유고는 유엔 내에서의 완전한 회원국 지위를 유지했을 뿐이라고 설명했다.¹²⁹

이 같은 유엔 내 유고슬라비아의 지위에 관한 논란은 신유고가 마침내 신 회원국으로 유엔에 가입하면서 일단락 되었다.¹³⁰ 대(大)

Under-Secretary-General, the Legal Counsel, addressed to the Permanent Representatives of Bosnia and Herzegovina and Croatia to the UN.

¹²⁸ SC, Provisional Verbatim Record of the 3116th Meeting, UN. Doc. S/PV.3116 (19 September 1992), pp. 7-11.

¹²⁹ Blum, Yehuda Z., "Was Yugoslavia a Member of the United Nations in the Years 1992-2000?", *American Journal of International Law*, Vol. 101, No. 4 (2007), p. 802.

¹³⁰ 이순천, *supra* note 25, 212-5쪽.

세르비아 민족주의를 주창하던 Slobodan Milošević 정권이 끝나고, 새로운 대통령이 된 Vojislav Koštunica의 주도하에 2000년 10월 27일 유엔에 가입하고자 하는 내용의 서한이 송부되었다.¹³¹ 같은 달 31일, 안보리는 유엔 총회로 하여금 신유고를 새 회원국으로 받아들이도록 권고하였고,¹³² 그 다음날 유엔 총회는 결의 55/12를 채택하여 신유고의 가입을 승인했다.¹³³

하지만 1992년 4월 27일 동일 국가 선언으로부터 2000년 11월 1일 새로운 회원국으로 가입하기 전까지의 신유고의 지위 문제는 여전히 미결이었다. 신유고의 회원 가입은 앞으로의 신유고의 지위를 분명히 해주었지만, 그 이전의 기간 동안의 지위에 있어 소급 적용되는 해결방안을 제시해주진 못했던 것이다. 이는 결국 체노사이드 협약과 관련한 ICJ 판시에서 다른 쟁점들과 얽혀 보다 복잡한 문제로 발전하게 되었다.

¹³¹ GA, Application of the Federal Republic of Yugoslavia for admission to membership in the UN: Note by the Secretary-General, UN. Doc. A/55/528-S/2000/1043 (30 October 2000), Annex, Letter dated 27 October 2000 from the President of the Federal Republic of Yugoslavia to the Secretary-General.

해당 부분은 다음과 같이 시작한다.

“In the wake of fundamental democratic changes that took place in the Federal Republic of Yugoslavia, in the capacity of President, I have the honour to request the admission of the Federal Republic of Yugoslavia to membership in the United Nations in light of the implementation of SC resolution 777 (1992)…”

¹³² SC Resolution, UN Doc. S/RES/1326 (31 October 2000).

¹³³ GA Resolution, UN Doc. A/RES/55/12 (10 November 2000).

제 2 절 *Bosnian Genocide Case*

Photini Pazartzis는 국가들은 국가승계의 문제를 국제 재판소의 구속력 있는 결정에 맡기는 상황을 꺼리는 것처럼 보이며, 이는 거의 모든 승계 분야에서 그러하다고 설명했다. 그는 이 같은 현상이 많은 요소에 기인하지만, 무엇보다 정치적 맥락 속에서 발생하고 협상이 문제 해결의 가장 자연스러운 방법으로 여겨지는 승계의 특별한 성격 때문으로 볼 수 있다고 언급했다.¹³⁴ 그럼에도 불구하고 진행된 일부 국가승계 관련 소송들 역시 국경 및 기타 영토조약 효력에 관한 논점들에 한정되어 있었다.¹³⁵

그러던 중 비교적 최근 다자조약 승계와 관련한 다양한 논점의 등장하는 사건이 발생했다. 1993년 3월 20일 보스니아는 신유고의 체노사이드 협약 상 의무 위반을 근거로 동 협약의 분쟁회부조항인 제9조와 ICJ 규정 제36조 1항에 근거하여 해당 사건을 ICJ에 제소하였다.¹³⁶ 보스니아는 소 제기와 동시에 잠정조치를 요청하였고,¹³⁷

¹³⁴ Pazartzis, Photini, "State Succession to Multilateral Treaties: Recent Developments", *Austrian Review of International & European Law*, Vol. 3 (1998), p. 399.

¹³⁵ 관련 판결은 다음과 같다.

Continental Shelf Case (Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya), Judgment, ICJ Reports 1982, pp. 65-6, para. 84; *Frontier Dispute (Burkina Faso/Mali)*, Judgment, ICJ Reports 1986, pp. 563-4, para. 17; *Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador/Honduras)*, Judgment, ICJ Reports 1992, pp. 597-8, para. 399.

¹³⁶ *Bosnian Genocide Case*, Application of the Republic of Bosnian and Herzagovina (20 March 1993), paras. 88-9.

보스니아는 신유고 또한 유엔 회원국이자 ICJ 당사국이며, 체노사이드 협약 당사국이라고 주장했다. 해당 부분 원문은 다음과 같다.

같은 해 7월 27일 추가로 잠정조치를 요청했다.¹³⁸

I. 잠정조치

“... As Members of the United Nations Organization, the Republic of Bosnia and Herzegovina and Yugoslavia (Serbia and Montenegro) are parties to the Statute ...

The Republic of Bosnia and Herzegovina and Yugoslavia (Serbia and Montenegro) are also Parties to the Genocide Convention, which has been continuously in force with respect to both Contracting Parties throughout the period of time relevant to this case.”

¹³⁷ *Bosnian Genocide Case*, Request for the Indication of Provisional Measures of Protection Submitted by the Government of the Republic of Bosnia and Herzegovina (20 March 1993).

총 6개의 잠정조치를 요청했으며, 이를 간단히 요약하면 다음과 같다. (p. 5, D, para. 14.)

첫째, 유고슬라비아의 보스니아의 국민들에 대한 제노사이드의 중단, 둘째, 보스니아에 대항하는 (준)군사 활동에 참여 및 계획하는 조직, 운동, 개인에 대한 병참지원의 중단, 셋째, 유고슬라비아 자체의 공무원, 병력을 통한 보스니아에 대한 (준)군사활동의 중단, 넷째, 보스니아 정부는 자국을 방어하기 위해 군사 무기 등의 취득을 포함한 타국으로부터 지원을 받을 수 있음, 다섯째, 보스니아 정부는 군사 무기 등의 제공을 포함한 타국의 원조를 요청할 수 있음, 여섯째, 모든 국가는 군사 무기 등의 제공을 포함한 보스니아의 즉각적 방어에 참여할 권리가 있음.

¹³⁸ *Bosnian Genocide Case*, Request for the Indication of Provisional Measures of Protection Submitted by the Government of the Republic of Bosnia and Herzegovina (27 July 1993).

총 10개의 잠정조치를 요청했으며, 보스니아의 영토를 해체하거나 병합하려는 계획은 중단되어야 하며, 무효(null and void)라는 등의 새로운 내용이 포함되었다. (p. 52, E, para. 14.)

잠정조치를 발하기 위해 재판소는 해당 사건에 대한 관할권을 확보해야 했다. 이를 위한 재판소의 논증은 첫째, 당사자의 ICJ 규정 당사국 여부와, 둘째, 제노사이드 협약 당사국 여부로 진행되었다.

가) ICJ 당사국 여부

*Bosnian Genocide Case*에서 관할권 문제는 앞서 언급한 구유고 해체의 정치적 특성과 얽혀 매우 복잡한 양상을 보였다. ICJ 규정 제35조 1항은 “재판소는 재판소규정의 당사국에 대하여 개방된다”고 규정하며, 유엔 헌장 제93조 1항은 “모든 유엔 회원국은 국제사법재판소 규정의 당연 당사국이다”고 규정하고 있다. 따라서 거의 대부분의 국가가 ICJ 규정 당사국이므로 일응의 관할권 문제가 제기되었을 때, 보통은 물적 관할권만 고려 대상이 되었다. 하지만, 이번 사건에서는 특이하게도 잠정조치 단계에서부터 인적 관할권을 검토해야만 했다. 유고슬라비아의 계속성을 부인하고 신유고가 유엔에 새롭게 가입해야 한다고 주장한 안보리와 유엔 총회 결의로 인해, 피고가 ICJ 규정 당사국인지의 문제 즉, 인적 관할권의 문제가 발생했던 것이다.¹³⁹

하지만 해당 사안이 쉽지 않은 문제임에도 불구하고 재판소는 매우 간단하게 이를 처리하는 듯 했다. 재판소는 신유고의 유엔 내에서의 법적 지위 및 재판소 규정 당사국 여부의 문제가 법적 어려움(legal difficulties)이 있지만, 이는 현재 시점에서 확정적으로 결

¹³⁹ Merrills, J. G., “Interim Measures of Protection in the Recent Jurisprudence of the International Court of Justice”, *British Institute of International and Comparative Law*, Vol. 44, No. 1 (January 1995), p. 96.

정할 필요가 없다는 입장을 취한 것이다.¹⁴⁰

또한 ICJ 규정이 “재판소를 다른 국가에 대하여 개방하기 위한 조건은 현행 제 조약의 특별한 규정에 따를 것을 조건으로 안전보장이사회가 정한다”고 규정함에 근거하여(제35조 2항), 제노사이드 협약 제9조와 같은 다자조약의 분쟁회부조항은 일응 현행 제 조약의 특별한 규정으로 ‘여겨질 수 있다(could ... be regarded)’고 설명했다. 따라서 두 당사자가 제노사이드 협약의 당사국이라면, 제9조가 적용되는 분쟁은 일응 재판소의 관할권에 속한다고 판시했다.¹⁴¹ 이렇게 함으로써 재판소는 신유고의 유엔 내에서의 법적 지위와 다자조약의 당사국 지위를 분리하는 듯한 인상을 남겼으며,¹⁴² 현 단계에서 필요한 만큼에 한해 잠정적으로 검토함으로써, 어려운 법적 문제의 직접 검토를 회피하는 모습을 보였다.¹⁴³

나) 제노사이드 협약 당사국 여부

① 신유고

따라서 재판소는 제노사이드 협약 제9조에 따른 물적 관할권을 확인하기 위해 두 당사자가 동 협약의 당사국인지를 검토해야 했

¹⁴⁰ *Bosnian Genocide Case*, Provisional Measures, Order of 8 April 1993, ICJ Reports 1993, p. 14, para. 18.

¹⁴¹ *Ibid.*, p. 14, para. 19.

¹⁴² Pazartzis, Photini, *supra* note 134, p. 404.

¹⁴³ 하지만 이 같은 잠정조치 결정은 2000년 신유고가 유엔에 새롭게 가입한 후 ICJ 결정들에서 빈번히 인용되며 주요 법적 쟁점 논의의 시작으로 거론되었다. 보다 자세한 내용은 해당 장 ‘제3절 크로아티아 사건’ 전반부에서 다뤄질 것이다.

다.¹⁴⁴ 신유고의 동 협약 당사국 여부에 있어서는 양 당사자 어느 쪽도 이의를 제기하지 않았다. 물론 이를 주장하는 양 당사자의 근거 또한 같았음을 의미하진 않는다. 신유고는 구유고와 동일한 국가임을 주장하고 있었기에, 동 협약의 당사자임에 반박하지 않았으며, 보스니아 또한 소를 제기한 당사자로서 신유고의 동 협약 당사자 여부를 반박할 이유가 없었던 것으로 보인다. 이러한 상황에서 재판소는 구유고가 1950년 8월 29일 동 협약에 가입하였으며 두 당사자 모두 구유고 영토 일부에 자리잡고 있음을 언급하며, 신유고의 1992년 4월 27일 선언에 근거해 신유고가 제노사이드 협약 당사국이라고 결정했다.¹⁴⁵

하지만, 두 국가 모두 이의를 제기하지 않았다고 해서, 해당 재판소의 결정이 법적 결함이 없음을 의미하진 않는다. 우선 재판소는 1992년 4월 27일의 선언을 근거로 신유고가 당사국임을 입증하고자 했는데, 과연 해당 선언을 조약승계 의사를 나타내는 승계통고로 볼 수 있는지 문제가 제기된다.¹⁴⁶

또한, 보스니아와 나머지 구유고 국가들의 경우 신유고와 구유고의 동일성 주장에는 반대하는 상황이었다. 따라서, 신유고의 동일

¹⁴⁴ 제노사이드 협약 제9조는 다음과 같이 규정한다.

“제노사이드나 제3조에 열거된 기타 행위에 대한 국가의 책임과 관련된 사항을 포함한 본 협약의 해석, 적용 또는 이행과 관련된 협약 당사국들 간의 분쟁사안은 분쟁 당사국의 요청에 따라 국제 사법 재판소에 제출해야 한다.”

¹⁴⁵ *Bosnian Genocide Case*, Provisional Measures, Order of 8 April 1993, ICJ Reports 1993, pp. 14–5, paras. 20–3.

¹⁴⁶ ICJ가 신유고의 1992년 4월 27일 선언을 제노사이드 협약에 구속 받고자 하는 의도의 표현으로 간주하여 신유고를 동 협약의 당사자로 여긴 것에 대해, Craven은 재판소가 편의에 따라 해당 선언의 본질이 구유고와의 계속성 주장임을 간과하는 결정을 내렸다고 비판했다. (Craven, Matthew C. R., “The Problem of State Succession and the Identity of States under International Law”, *European Journal of International Law*, Vol. 9 (1998), p. 144, note 13.)

성 주장을 수락하지 않는 보스니아가 과연 어떠한 절차를 통해 신유고가 제노사이드 협약의 적용을 받는다고 판단하는지에 대한 설명은 여전히 불분명했다.

실제로 당시 신유고의 조약승계 상황을 해석하는 것은 난제에 가까웠다. 유엔 총회 결의 47/1는 조약승계 문제를 전혀 다루지 않았고, 이에 대한 권한 있는 국제 사회 기구 대표의 결정, 또는 특정 조약에 관한 권한 있는 조약기구의 결정 역시 부재했기 때문이다. 또한 기탁처로서 수동적 기능을 담당하는 사무총장 역시 신유고의 동일성 주장을 수락 또는 거절할 권한을 가졌다고 보기 어려웠다. 따라서 ‘Yugoslavia’라는 이름은 Multilateral Treaties Deposited with the Secretary General에 당사자로 계속 남았으며, 사무총장은 신유고의 조약 관련 행동을 처리했을 뿐이었다.¹⁴⁷

결과적으로 두 당사자 이해관계의 일치 속에서, 신유고의 제노사이드 협약 당사국 여부는 해당 단계에서는 큰 반박에 부딪히지 않았다. 하지만, 이는 신유고의 입장 전환이 발생하고 난 이후 진행된 *Croatian Genocide Case*에서 소송의 핵심 쟁점으로 부상하게 되었다.

② 보스니아

이와는 달리, 보스니아의 승계통고 효력은 신유고에 의해 반박되었다. 신유고는 선행국이 당사국이었던 조약에 승계국이 일방적 선언으로 당사국이 될 수 있는 권리는 국제관습법 상 존재하지 않으며, 1978년 비엔나 협약 상의 승계통고 절차는 탈식민화 경우에만 적용될 수 있다고 주장했다. 또한 1992년 12월 29일 보스니아의 승계 선언은 제노사이드 협약 제11조에 따른 가입 문서로 여겨져야 하며, 동 협약 제13조에 따라 기탁 후 90일이 되어야 발효하

¹⁴⁷ Pazartzis, Photini, *supra* note 134, pp. 405–6.

므로, 보스니아가 선언한 후 90일이 지난 후에야 ICJ가 동 협약에 따른 관할권을 가진다고 주장했다.¹⁴⁸

신유고가 조약승계 일반론에 대한 나름의 논리로 보스니아의 당사국 여부를 반박한 것과 달리 재판소는 매우 피상적인 접근을 통해 이 문제를 해결하고자 했다. 즉, 사무총장이 보스니아의 통고를 승계통고로 처리했음 등을 근거로 이를 기각한 것이다.¹⁴⁹ 하지만 사무총장의 기탁 기능은 그저 국가들의 기탁 문서를 받고 회람하는 등의 수동적 또는 기계적 기능에 불과함에도 불과하므로, 단순히 기탁된 사실을 근거로 이를 기각한 것은 승계에 관한 국제법리 논의를 피하기 위한 선택으로 보였다.

결과적으로 재판소는 신유고와 보스니아가 당사국인 체노사이드 협약에 따라 잠정조치를 명령할 관할권이 있다고 결정했지만, 신유고의 ICJ 당사국 여부 및 신유고와 보스니아의 체노사이드 협약 당사국 여부에 대한 재판소의 확정적 판단은 어디서도 확인할 수 없었다. 이는 이들을 둘러싼 사건 당사자들의 공방이 끝이 아닌 시작임을 암시하는 듯 했다.¹⁵⁰

¹⁴⁸ *Bosnian Genocide Case*, Provisional Measures, Order of 8 April 1993, ICJ Reports 1993, pp. 15–16, para. 24.

¹⁴⁹ *Ibid.*, p. 16, para. 25.

¹⁵⁰ 재판소 또한 현 단계에서 취해진 결정이 관할권 및 청구 적격성 등과 관련된 이후의 문제에 해를 주지 않음을 명시하였다. 자세한 문구는 다음과 같다.

“Whereas the decision given in the present proceedings in no way prejudices the question of the jurisdiction of the Court to deal with the merits of the case, or any questions relating to the admissibility of the Application, or relating to the merits themselves, and leaves unaffected the right of the Governments of Bosnia–Herzegovina and Yugoslavia to submit arguments in respect of those questions (*Ibid.*, p. 23, para. 51.)”

II. 선결적 항변 단계

신유고는 잠정조치 이후에도 관할권 및 청구의 재판적격성에 대한 선결적 항변¹⁵¹ 을 통해 보스니아가 제노사이드 협약의 당사국이 아니며, 따라서 재판소는 해당 사건에 관할권이 없음을 계속 주장하였다. 이에 따라 본안심리는 중단되었고, 보스니아의 제노사이드 협약 당사국 여부는 관할권 판사에서 재판소가 판단 해야 하는 핵심이 되었다.

신유고의 선결적 항변은 총 7개 항목으로 구성되어있었다. 하지만 그 중 넷째 항변이 철회되었으므로 이후 판사에서 다루지지 않았다.¹⁵² 신유고의 항변 중 국가승계와 관련한 논점은 셋째, 여섯째, 일곱째 항변으로 정리할 수 있다. 셋째 항변은 보스니아의 국가성에 대한 문제제기와 함께 보스니아가 제노사이드 협약의 당사국이 아님을 지적했다. 여섯째, 일곱째 항변은 시간적 관할권에 대한 항변이었다.¹⁵³ 신유고의 선결적 항변과 보스니아의 답변서 등을 중심으

¹⁵¹ 재판소의 선결적 항변에 대한 보다 자세한 연구는 다음을 참고하라: 오승진, “선결적 항변에 관한 연구-국제사법재판소의 소송절차를 중심으로”, 국제법학회논총, 제60권 1호 (2015), 57-77쪽.

¹⁵² *Bosnian Genocide Case*, Preliminary Objections, Judgment, ICJ Reports 1996, p. 609, para. 16.

¹⁵³ 신유고는 여섯째 선결적 항변을 통해 1992년 12월 29일의 승계통고는 가입의 효과만 낼 수 있으며, 따라서 재판소는 승계통고를 유엔 사무총장에 기탁하고 90일이 지난 1993년 3월 29일에야 비로소 관할권을 가진다고 주장하였다. 일곱째 항변에서는 보스니아가 승계를 통해 제노사이드 협약의 당사국이 된다 할지라도, 해당 협약이 1992년 12월 29일 이후에야 당사자간에 적용가능 하므로 그 이전에 발생한 사건에 대해서는 재판소가 관할권이 없다고 주장했다. (*Bosnian Genocide Case*, Preliminary Objections of the FRY, 26 June 1995, ICJ, pp. 131-7, para. D.1-2.11.) 이 같은 시간적 관할권 관련 쟁점은 해당 연구의 핵심을 구성하지 않으므로, 간략히 언급하고 넘어가기로 한다.

로 한 관할권 단계에서의 양측의 공방은 다음과 같은 쟁점을 둘러싸고 첨예하게 진행되었다.

가) 다자조약승계의 국제관습법

첫째는 다자조약승계에 적용되는 국제관습법으로, 이는 특히 신유고가 셋째 항변에서 제시한 내용과 관련이 깊었다. 보스니아가 제노사이드 협약의 당사국이 아님을 주장하기 위해 신유고가 제시한 근거는 두 가지였다. 첫째, 보스니아가 독립 시에 인민 자결 및 평등의 원칙에서 파생 되는 의무를 위반했으므로 1992년 12월의 제노사이드 협약 승계통고는 법적 효력이 없다는 주장이었고, 둘째, 제노사이드 협약의 규정에 따라 가입한 당사국으로도 볼 수 없다는 견해였다.¹⁵⁴

특히 첫째 근거에서 언급된 승계통고 효력에 대한 반론은 궁극적으로는 보편적 승계와 백지출발주의의 승계 이론 대립의 맥락에서 해석할 수 있었다. 신유고는 1978년 비엔나 협약이 아직 발효하지 않았으므로, 해당 부분을 규율하는 국제관습법을 적용해야 한다는 입장이었다. 하지만, 매우 적은 수의 국가들에 의해 비준된 1978년 비엔나 협약은 국제관습법으로 볼 수 없으며¹⁵⁵, 1978년 비엔나 협약 제34조 또한 국제관습법의 성문화가 아닌 점진적 발전의 결과라고 주장했다.¹⁵⁶

더 나아가, 국가들의 실행을 검토한 결과 해당 분야의 적용 가능한 관습법은 백지출발주의라고 강조했다. 따라서 신생국들은 선행국의 조약 중 구속 받을 조약을 자유로이 선택할 수 있다는 입장이었다. 또한, 신생국이 조약의 당사국이 되는 일반적인 방법은 승계

¹⁵⁴ *Ibid.*, p. 142, para. B.1.

¹⁵⁵ *Ibid.*, p. 116, paras. B.1.3.1-2.

¹⁵⁶ *Ibid.*, p. 118, para. B.1.4.1.

가 아닌 가입 통고이며, 예외적으로 해당 승계가 국제법에 합치되는 방법으로 발생한 경우, 즉 탈식민화 과정에서 발생한 경우에만 승계 통고가 조약의 당사국이 되는 수단으로 사용될 수 있다고 제한하였다.¹⁵⁷ 요약하면 국가들은 백지출발주의에 의해 자유로이 조약을 선택하여 가입하며, 승계통고는 신생독립국만 사용할 수 있는 수단이라는 입장이었다.¹⁵⁸ 결국, 보스니아의 독립을 국제법 위반이라고 보는 신유고의 입장에서, 보스니아의 승계통고는 법적 효력이 있을 수 없었다.

이처럼 신유고는 백지출발주의에 입각해 ‘가입’을 조약의 당사국이 되는 수단으로 제시하고, 신생독립국만 승계통고를 이용할 수 있다고 설명한다. 그렇다면, 신생국은 승계할 선행국의 조약을 자유로이 선택할 수 없는 것인가? 예를 들어 상당히 많은 경우, 신생독립국이 아님에도 불구하고 자유로이 선택하여 승계함을 확인할 수 있다.¹⁵⁹ 뒤이은 보스니아의 주장은 이러한 신유고 주장의 한계를 지적하는 듯 했다.

보스니아는 자동존속(automatic continuity) 이론이 조약승계의 관습법이라고 주장하며, 승계를 통해 제노사이드 협약의 당사자가 될 수 있다고 논했다. 또한 설사 신유고의 주장대로 백지출발주의가 관습법으로 적용된다 할지라도, 보스니아는 구유고의 다자 조약의 당사국이 될 수 있다고 주장했다 하였다.¹⁶⁰ 즉, 신유고는 백지출발주의를 오해하고 있으며, 백지출발주의의 진정한 의미는 승계 의무

¹⁵⁷ *Ibid.*, pp. 126-7, paras. B.1.4.9-13 and p. 139, para. E.6.

¹⁵⁸ 해당 내용은 이후 *Croatian Genocide Case*에서의 신유고 주장에서 확인되지 않는다. 다만 1978년 비엔나협약의 제34조가 국제관습법이 아니므로 해당 협약 발효 이전에 발생한 사건엔 적용될 수 없다는 주장만 확인될 뿐이다. 관련 내용은 해당 장 ‘제 3 절 *Croatian Genocide Case*’의 ‘II. 신유고의 제노사이드 협약 당사국 여부’ 중 ‘가) 1978년 비엔나협약의 적용’을 참고하라.

¹⁵⁹ 이는 ‘제5장 국제사회 실행’에서 보다 자세히 확인할 수 있다.

¹⁶⁰ *Ibid.*, pp. 64-5, paras. 3.31-2.

가 없음을 의미할 뿐 승계의 권리까지 부정하지 않는다는 입장이었다. 따라서 승계의 권리 행사 측면에서, 어떤 국가도 보스니아가 제노사이드 협약의 당사국이 되는 것을 막을 수 없다고 설명했다.¹⁶¹

보스니아는 *tabula rasa* 원칙을 설명하며 ILC의 1978년 비엔나 협약 제17조(최종초안 제16조) 주석을 제시했다.

“신생독립국이 그 자신을 선행국 조약의 당사자로 여길 권리가 있는지의 문제는…그러할 의무가 있는지의 문제와는 법적으로 명확히 구분된다. 더 나아가, 근대의 기탁 및 국가 관행은 신생독립국이 스스로를 자신의 영토에 적용되던 조약의 승계국으로 여길 일반적 의무가 있다는 가설을 지지하지 않지만, 신생독립국이 승계국이라는 이유로 특정 다자조약 범주에 당사국이 될 일반적 선택권(right of option)이 있다는 결론은 지지하는 것 같다. 그러나 일반적 다자조약과 제한된 성격의 다자조약 사이의 구분은 있어야 한다. 전자의 경우에만 신생독립국이 *타 당사국의 동의와 무관하게 조약의 최종 조항(final clause)*¹⁶²과는 구분되어, 그 자신을 당사국으로 선택할 실제적 권리가 있는 것으로 보이기 때문이다.” (기울임은 원문의 강조)¹⁶³

따라서 보스니아는 제노사이드 협약이 승계의 권리가 적용되지 않는 제한된 성격의 다자조약이 아니며, 특히나 보편적 성격을 가진 조약의 전례(典例, *par excellence*)이므로, 선택의 권리가 적용된다

¹⁶¹ *Ibid.*, pp. 85–7, paras. 3.74–7.

¹⁶² 최종 조항이란, 서명, 가입, 발효, 종료, 유보, 기탁 등에 관한 내용을 규정한 조항이다. 이에 대한 자세한 설명은 Aust, Anthony, *supra* note 37, pp. 374–5를 참고하라.

¹⁶³ YBILC, 1974, Vol. II, Part 1, Doc. A/CN.4/SER.A/1974/Add.1 (Part One), p. 215, para. 2.

고 설명했다.¹⁶⁴

나) 승계통고의 효력

이 같은 승계 전반에 대한 양 당사자의 이론적 대립은 곧 승계통고 효력에 대한 서로 다른 평가로 이어졌다. 우선 신유고는 승계통고를 조약 가입과 유사한 것으로 파악했다. 즉, 대체적인 조약 가입의 방식처럼 소급효가 적용되지 않으며, 승계통고를 기탁한 후에야 해당 협약의 구속을 받게 된다는 입장이었다. 특히 이 같은 효력 적용 시점의 제한은, 해당 사건의 시간적 관할권을 제한하려는 시도로도 연결되었다. 신유고는 일곱째 선결적 항변에서 보스니아가 승계를 통해 체노사이드 협약의 당사국이 되었다 하더라도, 이 협약은 1992년 12월 29일, 즉 승계통고 기탁일해야 비로소 당사자간에 적용된다고 주장했다. 또한, 만약 승계통고의 소급효를 인정한다면 이는 조약법에 위반하며, 다자조약의 타당사국들은 승계통고 이전까지 해당 신생국의 승계여부를 알 수 없기에, 타당사국들과 신생국 사이의 법적 혼란으로 이어질 것이라 우려하였다.¹⁶⁵

이 같은 신유고의 해석은 승계통고를 다소 ‘창설적’ 시각에서 접근하는 것으로 평가된다. 즉, 승계통고가 없이는 해당 협약의 승계가 발생하지 않는다는 입장으로, 1978년 비엔나 협약 제23조에 따라 창출되는 승계통고의 법적 효력을 지지하는 것이다. 따라서 승계국의 승계통고가 부재한 상황에서는 승계국 자신이 해당 조약에 구속받는다고 여기는 시점과 상관 없이, 타 당사국과 승계국 사이에 해당 조약이 적용될 수 없다. 신유고는 이러한 원칙이 인권에 관한

¹⁶⁴ *Bosnian Genocide Case*, Statement of the Republic of Bosnia and Herzegovina, 14 November 1995, ICJ, pp. 85–6, paras. 3. 75–6.

¹⁶⁵ *Bosnian Genocide Case*, Preliminary Objections of the FRY, 26 June 1995, ICJ, p. 133, paras. D.2, D.2.2.

국제협약에도 예외 없이 적용된다고 주장했다.¹⁶⁶

반면 보스니아의 승계통고 해석은 이 같은 신유고의 입장과 상반되었다. 보스니아는 자동승계란 승계가 그 사실로 인해(*ipso facto*) 발생했음을 의미하며, 따라서 승계통고는 필수가 아니라는 입장을 취했다. 따라서 보스니아의 승계통고는 이는 단순히 보스니아가 독립한 시점에 국제법상 존재하는 상황에 대한 확인일 뿐이며, 이 같은 공식 승계통고는 국제관계의 안정을 위해 등장한다는 해석이었다.¹⁶⁷

따라서 자연히 승계통고의 소급효 또한 지지하는 모습을 보였다. 보스니아는 국가 관행에 의해 승계통고의 소급효가 일관적으로 확인되어 왔으며, 이에 대한 국제사회의 합의도 명확했다고 주장했다. 특히 “승계통고를 함에 있어서의 조약 실행은 신생독립국이 독립시부터 조약의 당사국으로 간주됨을 확인하는 것 같다”는 내용의 ILC의 1978년 비엔나 협약 제23조(최종초안 제22조) 주석¹⁶⁸

¹⁶⁶ *Bosnian Genocide Case*, Public Sitting held on Tuesday 30 April 1996, CR 96/7, p. 48.

하지만 신유고는 이후 *Croatian Genocide Case*에서 해당 주장을 철회하고 승계의 소급효를 지지하는 모습을 보였다.

¹⁶⁷ *Bosnian Genocide Case*, Statement of the Republic of Bosnia and Herzegovina, 14 November 1995, ICJ, pp. 78–79, para. 3.60.

이는 앞서 등장한 Kamminga의 논의와 일치하는 해석이다. (Kamminga, Menno T., *supra* note 6, p. 482, note 70.)

¹⁶⁸ YBILC, 1974, Vol. II, Part 1, Doc. A/CN.4/SER.A/1974/Add.1 (Part One), p. 233, para. 2.

해당 부분 원문은 다음과 같다.

“The treaty practice appears to confirm that, on making a notification of succession a newly independent State is to be considered as being a party to the treaty *from the date of independence*” (기울임은 원문 강조)

을 예로 들었다.¹⁶⁹

요약하면, 신유고는 승계통고를 조약 가입과 유사하게 해석하며, 이른바 ‘창설적’ 효력을 가지고 통고 기탁 시점부터 적용될 것을 주장하였다. 반면, 보스니아는 이를 이미 발생한 사실을 확인하는 이른바 ‘선언적’ 효력을 가지며, 따라서 승계통고의 유무와 상관 없이 국가 탄생 시점부터 당연히 적용되는 것으로 해석하였다. 이는 승계통고를 조약의 가입과 유사하게 접근하는 시각과, 이를 일반 조약 가입 방식과는 구분하는 승계 중심적 시각의 대립으로 파악할 수 있을 것이다.

다) 인권조약¹⁷⁰ 자동승계

이 같은 승계 일반론에 관한 대립 외에도, 두 당사자는 인도적 성격의 협약의 자동승계에 관한 논쟁을 계속했다. 해당 쟁점이야말로 본 연구에 가장 큰 시사점을 줄 수 있을 것이다. 특히 보스니아는 자국이 제노사이드 협약의 당사국임을 입증하기 위해, 앞서 언급한 자동존속원칙을 강화하는 요소로서 인도적 협약의 자동승계를 제시하였다.¹⁷¹

¹⁶⁹ *Bosnian Genocide Case*, Statement of the Republic of Bosnia and Herzegovina, 14 November 1995, ICJ, pp. 113–5, paras. 7.2–4.

¹⁷⁰ 이를 둘러싸고 양 당사자는 다양한 표현을 사용한다. 특히 보스니아 측은 “conventions of a humanitarian character”, “multilateral conventions of human rights”, “multilateral conventions concerning human rights and humanitarian matters” 등의 다양한 표현을 사용했다. 하지만, 본 논의에선 이들을 ‘인권 조약자동승계’로 통칭하기로 한다. 물론 참고한 자료가 있는 경우 문맥에서 크게 벗어나지 않는 한 등장하는 표현을 그대로 직역하여 사용한다.

¹⁷¹ *Bosnian Genocide Case*, Memorial for the Government of the Republic of Bosnia and Herzegovina, 15 April 1994, ICJ, p. 151, para.

보스니아는 인도적 성격의 협약의 경우 자동 존속 원칙이 특히 잘 확립되었다고 주장하며, 견해를 포함한 학자들의 주장을 인용하였다.

“... 신생국의 등장으로 이어지는 분리의 경우, 입법적 성격의 조약, 특히 인도적 성격의 조약에 구속을 받거나, 적어도 당사자가 될 권한이 있다고 볼 여지가 더 많다...”¹⁷²

따라서 거의 확실하게 인도적 성격의 조약으로 보이는 1948년 제노사이드 협약의 경우에는,¹⁷³ 자동승계가 분명히 적용된다는 입장이었다.¹⁷⁴

4.2.1.44.

¹⁷²Jennings, Robert and Watts, Arthur (eds.), *supra* note 55, p. 222.

해당 부분 원문은 다음과 같다.

“there is more room for the view that in case of separation resulting in the emergence of a new state the latter is bound by – or at least entitled to enter into – general treaties of “law-making” nature, especially those of a humanitarian character, previously binding on it as part of the state from which it has separated”

¹⁷³ 재판소는 *Reservation to Genocide Convention Case*에서 다음과 같이 제노사이드 협약의 성격을 확인한 바 있다.

“The Convention was manifestly adopted for a purely humanitarian and civilizing purpose. It is indeed difficult to imagine a convention that might have this dual character to a greater degree . . . ” (*Reservation to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, ICJ Reports 1951, p. 23.)

¹⁷⁴ *Bosnian Genocide Case*, Memorial for the Government of the Republic of Bosnia and Herzegovina, 15 April 1994, ICJ, pp. 151–2,

예측할 수 있듯이, 신유고는 보스니아가 제시한 인도적 협약의 자동승계를 받아들이지 않았다. 신유고는 보스니아가 인도적 협약 자동승계의 근거로 활용한 Oppenheim의 인용구를 전체의 맥락 속에서 검토한 결과 이는 상당한 불확실함을 표현하고 있다고 해석했다. 즉, “적어도 당사자가 될 권한이 있다고 볼 더 많은 여지가 있다”라는 표현은 오히려 이러한 권리의 불확실한 특성을 보여주는 평가였다.¹⁷⁵ 뿐만 아니라 소련과 체코슬로바키아, 구유고에서 탄생한 신생국들의 실행을 살펴볼 때, 신생국들은 오히려 조약에 가입할 의무가 아니라 권리가 있음을 보여준다고 주장했다.¹⁷⁶

paras.4.2.1.43-5.

¹⁷⁵ *Bosnian Genocide Case*, Preliminary Objections of the FRY, 26 June 1995, pp. 118-120, para. B.1.4.2.

¹⁷⁶ *Ibid.*, pp. 120-2, paras. B.1.4.3-6.

보다 자세하게는 구소련 국가들의 실행을 근거로 제시하였다. 아제르바이잔, 에스토니아, 그루지야, 아르메니아, 카자흐스탄, 키르기즈스탄, 라트비아, 리투아니아, 몰도바, 타지키스탄, 투르크메니스탄, 우즈베키스탄 모두 1978년 비엔나협약 제34조에 따라 행동하지 않았으며, 이들은 백지출발주의에 입각해 가입을 통해 선행국 조약의 당사국이 되었다고 주장했다.

구체적인 예로는, 소련이 당사국인 제노사이드 협약의 경우, 아르메니아, 에스토니아, 그루지야, 라트비아, 몰도바가 가입문서를 기탁함으로써 당사국이 되었으며, 나머지 구소련의 신생국들은 당사국이 아니라고 서술했다.

둘째로는, 소련이 당사국인 ICERD의 경우, 아르메니아, 에스토니아, 라트비아, 몰도바가 가입을 통해 당사국이 되었으며, 나머지 구소련의 신생국들은 당사국이 아니라고 설명했다.

셋째로는, 소련이 당사국인 ICCPR로, 아르메니아, 아제르바이잔, 그루지야, 키르기즈스탄, 에스토니아, 라트비아, 리투아니아, 몰도바가 가입했으며, 나머지 구소련 신생국들은 가입하지 않았으며 당사국이 아니라고 언급했다.

이러한 신유고 논거에 대한 평가는 ‘제5장 국제사회 실행’ 부분에서 본격적으로 다루기로 한다.

보스니아는 이러한 신유고 주장에 반박했으며, 보편적 조약의 자동승계로부터 인권조약 자동승계까지 논의를 확장했다. 우선, 다양한 법률 전문가들이 일부 특정 범주의 보편적 조약에 있어 자동승계 원칙을 지지하였으며, 제노사이드 협약이 이러한 범주에 포함됨이 확실하다고 언급했다.¹⁷⁷ 이러한 예로 보편적 다자조약 또는 “입법조약”의 자동승계 가능성을 시사한 Brownlie와,¹⁷⁸ 유사한 입장의 De Vissher를 소개했다.¹⁷⁹ 더 나아가 이러한 자동승계 원칙이 인권에 관한 다자조약에도 적용된다는 논의를 확장했다. 보스니아가 예로 든 Vagts는 “외교 영사관계에 관한 비엔나 협약에서 제노사이드 협약과 ICCPR”에 이르는 성문화 조약의 경우 국가승계를 이유로 국가들이 이들 조약으로부터 자유로울 수 없다고 지적했다.¹⁸⁰

추가로 제3장에서 검토한 1978년 비엔나 협약 성안 과정에서의 보편적 조약에 관한 논의와, HRC 등의 유엔 인권 기구 입장에 대한 보스니아의 의견도 확인할 수 있었다. 보스니아는 동 협약 성안 과정에서의 논의를 두고, 백지출발주의의 예외로서 보편적 성격의 조약의 경우 자동승계가 적용된다는 주장에 모든 국가 대표들이 동의한 것으로 보이며, 이러한 조약의 대표적 예로 제노사이드 협약이 제시되었다고 평가했다. 또한, 비록 보편적 성격의 조약이 무엇

¹⁷⁷ *Bosnian Genocide Case*, Statement of the Republic of Bosnia and Herzegovina, pp. 67–8, paras. 3.36–7.

¹⁷⁸ Brownlie, Ian, *Principles of public international law*, 4th ed. (Oxford University Press, 1990), p. 670.

해당 부분 원문은 다음과 같다.

“The majority of writers are of the view that no other exceptions exist. However, a number of authorities consider that in the case of general multilateral or “law-making” treaties there is such a transmission.”

¹⁷⁹ De Visscher, Charles, *supra note 71*, p. 179

¹⁸⁰ Vagts, Detlev F., “The Codifiers’ View”, *Virginia Journal of International Law*, Vo. 33 (1992–3), p. 290.

인지에 대한 합의 도달의 불가능성으로 해당 개정안이 채택되지 않았지만, 논쟁의 여지 없는 제노사이드 협약의 보편적 성격은 *Reservation to Genocide Convention Case*에서도 확인된 바와 주장하였다.¹⁸¹ 이외에도, 유엔 인권 기구 의장들의 견해, HRC의 결의 등을 인용하며 자동승계 실행은 인권을 다루는 다른 국제기구 또는 기관에 잘 확립되어 있다고 설명했다.¹⁸²

하지만 이 같은 보스니아의 평가를 있는 그대로 수용하기는 어려울 것이다. 제3장에서 논의한 바와 같이 유엔 전권대표회의에서의 열띤 토론이 해당 쟁점에 대한 국가들의 상당한 관심을 보여준 대체로 동의된다. 그러나 채택되지 않았다는 결과는 여전히 해당 쟁점에 대한 국제사회의 의견이 합치되지 않았으며, 따라서 해당 원칙이 확립되지 않았음을 보여주는 것으로 해석함이 합리적일 것이다. 또한 유엔 전권대표회의에서 주장된 바는 잠정적으로 입법조약의 구속을 받되 이후 신생독립국이 계속 구속받을지의 여부를 선택할 수 있게 하는 “opting-out” 방식이었다. 따라서 정확한 의미에서의 자동승계는 아니라고 할 수 있다.

실제로 해당 주장을 개진함에 있어 보스니아는 매우 다양한 포

¹⁸¹ *Bosnian Genocide Case*, Statement of the Republic of Bosnia and Herzegovina, pp. 69–71, paras. 3.41–3.

인용한 ICJ 판례의 문구는 다음과 같다.

“the special characteristic of the Genocide Convention (...) is the universal character both of the condemnation of genocide and the cooperation required “in order to liberate mankind from such a scourge” [*Preamble of the Convention*]. The Genocide Convention was therefore intended by the General Assembly to be definitely universal in scope” [*ICJ Reports*, 1951, p. 23].

¹⁸² *Ibid.*, pp. 72–75, paras. 3.46–50.

보스니아가 인용한 내용은 ‘제3장 자동승계’의 ‘제3절 인권 조약 자동승계’ 중 ‘II. 유엔 기구 의견’에 소개한 내용과 상당부분 일치한다.

현을 사용했다. “인도적 성격의 협약(Conventions of a humanitarian character)”, “다자 인권 협약(multilateral conventions of human rights)”, “인권 및 인도적 사안에 관한 다자 협약(multilateral conventions concerning human rights and humanitarian matters)” 등의 다양한 표현이 확인된다.¹⁸³ 또한 유엔 전권회의에서 등장한 ‘보편적 참여에 개방된 다자조약’, ‘보편적 성격의 조약’에 대한 논의까지 포괄함으로써 보스니아가 정의하고자 하는 자동승계의 적용 대상이 정확히 무엇을 의미하는지 그 정확한 범주를 규정하기란 쉽지 않을 것이다.

물론, 정확한 범주의 제공이 쉽지 않다는 것은 앞서 언급한 바와 같이 해당 규칙이 확립되지 않음을 증명한다고 볼 수는 없다.¹⁸⁴ 또한 실제로 세계 제2차대전 이후 급부상하는 인권의 중요성에 대한 인식 속에서 등장한 다양한 개념들은 명확한 범주를 제공하지 못하는 경우가 빈번하다.¹⁸⁵

하지만, 자동승계의 대상이 되는 조약의 명확한 범주의 부재는, 해당 규칙의 존재여부와는 별개라 할지라도, 적어도 해당 규칙의 실행 측면에서의 많은 한계로 이어질 것이다. 특히, 구체적인 범주가

¹⁸³ *Ibid.*, p. 66, para. 3. 35.

¹⁸⁴ 이에 관한 논의는 ‘제3장 자동승계’의 ‘제2절 입법조약 자동승계’에서 ‘I. 학계의 논의’ 중 ‘나) 자동승계 주장’과 ‘II. 1978년 비엔나협약 채택 과정 논의’ 중 ‘라) 검토’ 부분에 언급되어 있다.

¹⁸⁵ 대표적 예로 강행규범을 들 수 있겠다. 어떠한 조약이 강행규범에 해당되는지에 대한 확정적 정의는 존재하지 않지만, 이탈이 허용되지 아니하는 절대규범의 존재는 확립된 바이다 (VCLT 제53조). 강행규범은 현재 ILC 작업 주제 중 하나이며, Dire D. Tladi 특별 보고자의 첫번째 보고서가 2016년 ILC 제68차 회의에 제출되었다. (GA, First Report on *Jus Cogens* by Dire Tladi, Special Rapporteur, 8 March 2016, UN. Doc. A/CN.4/693.)

관련한 추가적 논의는 해당 절 ‘IV. 인권 조약 자동승계 개별의견’의 ‘가) 찬성의견’ 중 ‘제노사이드 협약의 특별한 성격’에서 확인할 수 있다.

부재하므로, 구체적으로 어떤 조약에 자동승계를 적용할 지에 있어 실제적 혼돈이 야기될 것으로 우려된다. 법 규칙의 존재의 목적이 국제사회의 행위자를 규율하고 적절한 방침을 제공하는 지침으로서의 역할과 분리될 수 없음을 염두에 둘 때, 이는 반드시 보완되어야 하는 한계이다.¹⁸⁶

III. 선결적 항변 판결

이처럼 양 당사자가 보스니아 제노사이드 협약 당사국 여부를 둘러싸고 관련한 다양한 논의를 이끌어 낸 것과 달리 재판소는 이러한 점에서 관련분야의 학자들에게 가히 실망스러운 판결을 내렸다. 즉, 잠정조치 결정에서와 마찬가지로 국가승계와 관련한 법적 쟁점에 대한 어떠한 직접적 판단도 하지 않은 것이다.

특히 보스니아의 제노사이드 협약 당사국 여부를 확인함에 있어서는 승계통고의 기탁 여부에 의존했던 잠정조치에서의 논증과 크게 달라진 점이 없었다. 재판소는 1992년 12월 29일 보스니아가 같은 해 3월 6일부터 효력이 있는 동 협약 승계통고를 유엔 사무총장에 기탁했고,¹⁸⁷ 1993년 3월 18일, 유엔 사무총장은 이를 제노사

¹⁸⁶ 관련한 추가적 논의는 해당 절 ‘IV. 인권 조약 자동승계 개별의견’의 ‘나) 반대의견’을 참고하라.

¹⁸⁷ 해당 문서의 원문은 다음과 같다.

“the Government of the Republic of Bosnia and Herzegovina, having considered the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, of December 9, 1948, to which the former Socialist Federal Republic of Yugoslavia was a party, wishes to succeed to the same and undertakes faithfully to perform and carry out all the stipulations therein contained with effect from March 6, 1992, the date on which the Republic of Bosnia and Herzegovina became independent”

이드 협약의 타 당사국들에게 전달했다고 언급하였으며,¹⁸⁸ 보스니아가 1992년 3월 22일 안보리와 총회 결정에 따라 유엔 회원국이 되었으므로, 유엔에 가입한 시점부터 독립시의 상황과 상관없이 제노사이드 협약 제11조에 따라 동 협약의 당사국이 될 수 있다고 설명하였다. 결과적으로 보스니아가 국가승계에 따른 동 협약의 당사국임이 분명하며 사무총장도 그러한 것으로 여긴다고 판시하였다.¹⁸⁹

이 같은 기탁기능에 의존한 재판소의 논증은, Kreca 재판관의 반론을 야기했다.¹⁹⁰ 그는 기탁 기능의 영역은 명확하게 규정되며, 이를 규정하고 있는 VCLT 제77조의 주석을 볼 때¹⁹¹ “기탁처는 기능의 수행과 관련하여 발생하는 문제를 판결 또는 결정할 권한을

¹⁸⁸ *Bosnian Genocide Case*, Preliminary Objections, Judgment, ICJ Reports 1996, p. 610, para. 18.

¹⁸⁹ *Ibid.*, p. 611, paras. 19–20.

¹⁹⁰ 유사한 내용은 Vallat의 1차 보고서에서도 확인할 수 있으며, 해당 부분 원문은 다음과 같다.

“it must be said that depositaries exercise an administrative function, and it is not part of their functions to decide difficult or disputed questions of law.” (YBILC, 1974, Vol. II, Part 1, Doc. A/CN.4/SER.A/1974/Add.1 (Part One), p. 43, para. 222.)

¹⁹¹ 그가 인용한 주석 원문은 다음과 같다.

“a depositary has a certain duty to examine whether signatures, instruments and reservations are in conformity with any applicable provisions of the treaty or of the present articles, and if necessary to bring the matter to the attention of the State in question. *That is, however, the limit of the depositary's duty in this connection. It is no part of the functions to adjudicate on the validity of an instrument or reservation.*” (UN Conference on the Law of Treaties, First and Second Sessions, Official Records, *Documents of the Conference*, UN. Doc. A/CONF.39/11/Add.2, p. 89, para. 4 (emphasis added).)

부여 받지 않았음”¹⁹²이 확고히 확립되었다고 설명했다.¹⁹³

또한 인권조약의 자동승계 주장에 대해서도 재판소는 구체적인 견해를 밝히지 않았다. 특히, *Reservation to Genocide Convention Case*에서의 제노사이드 협약의 특별한 성격(special nature)에 대한 판시를 인용하기도 했지만,¹⁹⁴ 이를 인용하는 목적이나 명백한 결론 및 추가적 해설은 없었다. 따라서 재판소가 해당 문구를 인용한 정확한 목적을 파악하기 어려웠다.¹⁹⁵

¹⁹² *Ibid.*, p. 89, para. 8.

¹⁹³ *Bosnian Genocide Case, Preliminary Objections, Judgment, ICJ Reports 1996*, Dissenting Opinion of Judge Kreca, p. 773–774, para. 106–7.

¹⁹⁴ *Bosnian Genocide Case, Preliminary Objections, Judgment, ICJ Reports 1996*, p. 611–2, para. 22

해당 부분에 인용된 문구의 번역은 다음과 같다.

“이러한 협약에서, 계약국은 그들 자신의 이익을 전혀 갖지 않는다; 그들은 단지 공통의 이익을 가지며, 이는 협약의 존재 이유인 (raison d’etre) 높은 목적을 성취하는 것이다. 결과적으로, 이러한 종류의 협약에 있어, 누구도 국가의 개인적 이익 또는 불이익 또는 권리와 의무 간의 완전한 계약적 균형의 유지를 말할 수 없다. (*Reservation to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, ICJ Reports 1951, p. 23.)”

“제노사이드 협약의 대상과 목적은 가능한 많은 국가가 참여해야 한다는 총회와 채택 국들의 의도를 암시한다. 하나 또는 그 이상의 국가를 해당 협약으로부터 완전히 배제하는 것은 협약 적용의 범위를 제한할 뿐 아니라, 이 협약이 근거로 두고 있는 도덕과 인도적 원칙의 authority를 손상시킬 것이다. (*Reservation to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, ICJ Reports 1951, p. 24.)”

¹⁹⁵ 다음 연구는 재판소가 *Reservation to Genocide Convention Case* 판시내용을 인용한 것을, 보스니아의 제노사이드 협약 자동승계 주장에 대한 재판소의 동의로 추측하기도 하였다.

재판소는 자동승계가 특정 범주의 국제조약 및 협약에 적용되는지의 문제는 해당 사건에서의 관할권을 결정하기 위해 다를 필요성을 느끼지 못한다고 언급하며, 이 문제에 해를 주지 않는(without prejudice as to) 방식을 선택하였다. 즉, 보스니아가 자동적으로 1992년 3월 6일 독립 시 해당 협약의 당사국이던, 또는 1992년 12월 29일 승계통고의 결과로-소급적이던 아니던-당사국이 되었던 간에, 1993년 3월 20일 청구를 제기하던 날짜에 당사국임은 확실하다고 설치하며 해당 문제에 대한 판단을 회피한 것이다.¹⁹⁶

결국 재판소는 보스니아의 제노사이드 협약 당사국 여부를 검토함에 있어 문제가 된 국가승계 관련 논점을 직접적으로 다루지 않았다. 이 같은 재판소의 회피는 해당 쟁점에 적용될 법리가 확립되지 않았음을 암묵적으로 대변하는 듯 했다. 그럼에도 불구하고 여러 재판관들은 개별 또는 반대 의견을 통해 이에 대한 상세하고 다양한 의견을 제시했다. 그 중에서도 인권조약 자동승계에 대한 의견은 본 논의의 주제와 관련하여 상당한 시사점을 준다.

IV. 인권조약 자동승계 개별의견

가) 찬성의견

Craven, Matthew C. R., "The Genocide Case, The law of treaties and State succession", *British Year Book of International Law*, Vol. 68 (1998), pp. 151-2.

¹⁹⁶ *Bosnian Genocide Case*, Preliminary Objections, Judgment, ICJ Reports 1996, p. 612, para. 23.

재판소는 이는 기껏해야 재판소의 시간적 관할권 범위의 결정과 관련이 있을 뿐이라고 언급하며 논의의 필요성을 일축하였다.

우선 해당 판시에서는 총 세 명의 판사가 인권조약 자동승계를 지지하는 입장을 피력했다. 가장 길고 자세한 입장을 표명한 판사인 Weeramantry를 포함하여 Shabudedeem, Parra-Aranguren이었다.

유념할 점은 이들이 일반적 인권조약 자동승계 문제에 관한 의견을 피력했다고 보긴 어렵다는 것이다. 분명한 것은 본 사건에서 문제가 된 제노사이드 협약의 승계 여부를 파악하는 배경 속에서 다뤄진 쟁점이므로, 인권조약 전반에 그대로 확대 적용하는 것은 무리가 있을 수 있다.¹⁹⁷

하지만 제노사이드 협약의 경우 한층 더 강력한 이유로(*a fortiori*) 자동승계가 적용된다는 결론에 도달하기 위해서 인권 및 인도적 조약 자동승계의 일반론을 검토한다는 Weeramantry 판사의 의견에서도 확인할 수 있듯,¹⁹⁸ 제노사이드 협약의 자동승계 문제가 일반적 인권조약의 자동승계 문제와 긴밀히 연관된 것도 사실이다.¹⁹⁹ 따라서 앞으로 검토할 이들의 개별의견은 제노사이드 협약에 보다 초점이 맞춰져 있으면서도 인권조약 자동승계의 일반론에 주는 함의가 큼을 유념해야 할 것이다.

¹⁹⁷ 예를 들어, Shabudedeem 판사는 제노사이드 협약으로 논의를 제한하는 입장을 취했다. 그는 제노사이드 협약의 경우 보다 주요한 인권과 관련될 뿐이며 “유엔에 의해, 채택된 첫째 인권 조약” 이라고 불릴 만큼 제노사이드 협약이 인권 조약임은 분명하다고 설명했다. 또한 제노사이드 협약의 명확한 특성을 고려할 때 해당 협약의 자동승계는 분명하다는 입장이었다. 하지만 특정 조약을 인권 조약이라고 칭하는 것이 승계국에 의해 자동적으로 승계되는 정확한 사법 절차를 나타내는 것은 아니며, 이 문제는 조약의 대상과 목적, 필요성, 타당사국들의 의도 등을 고려하여 결정되어야 한다고 설명하였다. (*Bosnian Genocide Case*, Preliminary Objections, Judgment, ICJ Reports 1996, Separate opinion of Judge Shahabudeem, pp. 636-7.)

¹⁹⁸ *Bosnian Genocide Case*, Preliminary Objections, Judgment, ICJ Reports 1996, Separate opinion of Judge Weeramantry, pp. 642, 645.

¹⁹⁹ *Ibid.*, p. 642.

① 국가주권

인권조약 자동승계를 지지하는 근거 중 주목할 만한 것은 이러한 조약의 자동승계가 국가주권에 해를 가하지 않는다는 것이다. 특히 Weeramantry는 백지출발주의의 핵심을 구성하는 국가주권에 있어, 이러한 조약의 자동승계가 신생국의 주권 및 자율성에 어떠한 손실도 가하지 않기 때문에 백지출발원칙의 필요한 예외가 된다고 주장하였다.²⁰⁰ 그 결과 Weeramantry가 제시한 총 10가지 자동승계 지지 근거 중 상당 부분이 이와 관련되어 있었다.²⁰¹

²⁰⁰ *Ibid.*, pp. 644-5.

그가 제시한 네개의 이론적 기반은 다음과 같았다. 첫째 신생국은 선행국의 계약 문제에 있어 그들 자신의 결정을 내릴 자유가 있다는 개별 국가의 자율성 원칙(the principle of individual State autonomy), 둘째는 자결(self-determination) 원칙으로 이전의 조약이 새로운 국가를 자동 구속한다면, 자결의 원칙에서 핵심인 스스로의 동의가 누락된다고 설명하였다. 셋째로, *res inter alios acta* 원칙에 따라 선행국의 조약이 신생국에 어떠한 효력도 갖지 못하며,²⁰⁰ 마지막으로 해당 국가의 명시적 동의 없이는 그 국가의 권리를 제한할 수 없다는 원칙이었다.

²⁰¹ 10개의 자동승계 근거를 약술하면 다음과 같다.

1. 동 협약은 개별 국가의 이익에 집중하지 않는다.
2. 국가 주권 개념을 초월한다.
3. 동 협약이 인정하는 권리는 국가에 어떠한 부담도 되지 않는다.
4. 동 협약이 부과하는 의무는 조약상 의무와 독립적으로 존재한다.
5. 국제관습법의 규칙을 포함한다.
6. 국제 안정성에 기여한다.
7. 동 협약 승계의 공백은 바람직하지 않다.
8. 과도기 동안 제노사이드에 맞서는 인권 보장의 특별한 중요성
9. 동 협약의 수혜자는 *Res Inter Alios Acta* 원칙이 적용되는 의미에서 제삼자가 아니다.
10. 협약에 이해 부여되는 권리는 훼손할 수 없다(non-derogable).

구체적으로 살펴보면, Weeramantry 판사는 둘째 근거로 제노사이드 협약은 국가주권 개념을 초월하기 때문에, 원래 국가의 해체와 함께 종료되지 않는다고 주장했다. 그는 인권 개념은 주권자와 피치자 사이에 국한되는 좁고 편협한 문제가 아니며, 모든 국가에게 동등한 보장이 요구되므로, 현대국제법상 이러한 의무가 국가주권의 손상일 수 없다고 주장하였다. 셋째 근거 역시 같은 맥락에서 파악할 수 있었다. 그는 이 같은 협약의 당사국이 되는 것은, 국가 자신의 권리를 국민에게 주는 문제가 아니라, 그들이 인간이기 때문에 누리는 국민의 권리를 확인해줄 뿐이므로 국가 자신에게 어떠한 부담도 주지 않는다고 강조하였다. 이와 유사한 흐름의 근거는 아홉째 근거에서도 확인되었다. 그는 백지출발주의의 중요한 이론적 기반인 *Res Inter Alios Acta* 원칙에 대한 반론을 제기하며, 제노사이드 협약의 수혜자는 해당 원칙이 적용되는 의미에서의 제삼자가 아니라고 주장하였다. 이러한 조약은 무관한 제삼자 또는 타국에 권리를 부여하거나, 국가로 하여금 외부적 성격의 권리를 인정하도록 하는 의무를 결코 수반하지 않는다고 설명하였다.

하지만 이 같은 국가주권 논의 역시 한계는 존재했다. 우선, 실제로 이러한 조약들이 반드시 ‘개인의 권리’만을 규정하느냐의 문제이다. 앞서 입법조약 자동승계와 관련하여 Vallat과 ILC가 지적한 바와 같이, 이러한 조약에는 강제 분쟁 해결 조항과 같은 순전히 계약적인 규정도 포함될 수 있다. 또한, 해당 규정에 관습법이 포함된다는 이유로 조약 전체의 당사자가 되는 것은 신생국에게 불평등할 가능성이 있다.²⁰²

물론, 협약의 대상과 목적을 고려할 때 해당 협약 전체로서의 그대로의 적용이 권리 보호에 도움이 될 것이다. 이러한 협약들이 규정하는 모든 내용이 성실히 이행된다면, 이는 협약이 보호하고자 하는 권리의 보장을 보다 확실히 도울 것임은 분명하다. 따라서, 인권조약의 보고(reporting) 체계를 포함하는 다소 ‘절차적이고 수

²⁰² YBILC, 1974, Vol. II, Part 1, Doc. A/CN.4/SER.A/1974/Add.1 (Part One), p. 212, para. 8.

단적인’ 규정들 역시 인권 보장을 위해 유용한 역할을 담당할 수 있는 것이다.

하지만, 무엇보다 국가들이 실제로 이러한 부담을 국가주권의 손실로 받아들이지 않을지는 여전히 의문이다. 조약에 가입하는 국가는 조약상 의무를 이행하기 위한 경제적 부담부터, 보다 심각하게는 의무의 위반이 발생했을 경우 이에 대한 국가 책임 문제까지 다양한 부담에 연루된다. 이를 고려할 때, 국가가 이 모두를 부담이 아니라고 판단할 여지는 적어 보인다. 아무리 학자들 및 권위자들이 이러한 의무의 부담이 국가주권에 해를 가하지 않는다고 주장한다 할지라도, 국가들 스스로가 반대로 느끼고 판단할 가능성은 여전히 있는 것이다. 따라서, 이러한 조약의 당사국이 되는 것이 국가주권에 해가 되지 않음을 주장하기 위해서는, 무엇보다 국가들 자신의 동의와 수락이 필요할 것이다. 그리고 이러한 동의를 이끌어 낼 만큼 해당 조약의 당사국이 되는 것이 국가들에게 강한 유인이 될지는 앞으로 지켜봐야 할 것이다.²⁰³

② 제노사이드 협약의 특별한 성격

이 외에도, 판사들의 의견에서 공통적으로 등장하는 ICJ 판시의 문구가 있었다. 이는 1951년 *Reservation to Genocide Convention Case*의 권고적 의견이었다. 앞선 관할권 판시에서 재판부는 이를 인용하면서도 그 목적을 분명히 하지 않았지만, 판사들은 이를 제노사이드 협약 자동승계의 주요 근거로 사용하는 모습을

²⁰³ 이와 유사한 맥락에서, 이후 *Croatian Genocide Case*에서 신유고는 자동승계를 인정한다 할지라도 협약의 ‘절차적 규정’과 ‘실질적 규정’을 구분하여 후자만 그 대상이 될 수 있다는 주장을 했다. 자세한 내용은 ‘제3장 *Croatian Genocide Case*’의 ‘II. 신유고의 제노사이드 협약 당사국 여부’ 중 ‘다) 인권 조약 자동승계’에서 확인할 수 있다.

보였다. 우선, Weeramantry는 인권 및 인도적 조약은 전통적 의미에서의 체약 당사국들의 이해관계 및 이득의 교환을 나타내지 않으며, 이러한 면에서 경제, 안보 등의 국가의 다른 이익에 관심을 두는 다자조약의 일반성과 구분될 수 있다고 설명하였다.²⁰⁴ Shabuddeen 또한 유보사건에서 ICJ가 주목한 동 협약의 특별한 성격에 집중하며, 협약의 보편성은 협약에 내재한 원칙과 “이 같은 끔찍한 재앙으로부터 인류를 해방하기 위해” 요구되는 협력에 적용되며 이 같은 보편적 협력은 보편적 참여 없이 달성될 수 없다고 설명했다.²⁰⁵

판사들이 강조한 바와 같이, 제노사이드 협약의 특별한 성격에 대한 ICJ의 확인은 이를 지지하는 유용한 증거가 될 것이다.²⁰⁶ 또한 제노사이드 협약의 보편적 성격이 널리 인정된 만큼, 장차 이와 유사한 여타 인권 및 인도적 협약 역시 유사한 방식으로 보편적 성격이 인정될 가능성도 있을 것이다. 하지만 엄밀하게 검토해야 하는 것은 ‘보편적 성격’ 및 ‘특별한 성격’이 가져오는 법적 결과이다. 해당 협약의 특수한 성질이 국제법 체제 내에서 어떠한 법적 효과로 발현되는 지는 또 다른 차원에서의 검토가 필요한 것이다.

유사하게 강행규범의 경우 국제법의 상위규범으로 그 일탈이 허용되지 않는다. VCLT는 “체결 당시 일반 국제법의 강행규범과 충돌하는” 조약은 무효라고 규정한다 (제53조). 그러나, 강행규범이 다른 국제법 원칙과 충돌할 경우의 처리에 대해선 국제사회 내의 분명한 합의가 부재한 듯 하다. 대표적으로, 강행규범과 주권면제가 충돌하는 경우 상위규범으로서 일탈이 불가하다는 강행규범의 속성이 어떠한 법적 결과를 가져오는지의 문제는 쉽게 대답할 수 없는

²⁰⁴ *Ibid.*, pp. 645–6.

²⁰⁵ *Bosnian Genocide Case*, Preliminary Objections, Judgment, ICJ Reports 1996, Separate Opinion of Judge Shahabuddeen, p. 634–5.

²⁰⁶ ICJ 규정 제38조 1항 라호에 규정된 법칙 발견의 보조수단인 학설과 판례는 국제법 원칙의 존재 여부를 판단하는 수단으로 활용된다. (정인섭, *supra* note 9, 60쪽)

난제인 것이다.

이와 유사하게 제노사이드 협약을 포함한 인권조약들 역시 그 성격의 특수성에 대한 평가와, 이로 인한 법적 결과에 대한 추가적 논의가 필요할 것이다. 전자에 대한 합의에 도달한다 할지라도, 후자와 관련된 논의는 국제법 체계 전반에 대한 고려 속에서 보다 심도 있는 검토를 요구할 것이다. 이는 곧 인권조약의 특수한 성격이 자동승계라는 법적 결과로 이어짐을 단언할 수 없는 이유이기도 하다.

③ 자동승계의 필요성

이 외에도 판사들의 개별 의견에서 확인할 수 있는 또 다른 특징은 제노사이드 협약 자동승계의 필요성(necessity) 또는 불승계의 바람직하지 않음(undesirability)에 대한 강조였다. Weeramantry 판사는 그는 인권 존중에 대한 증진 및 권장은, 유엔 헌장 제1조 3항에 따라, 유엔의 목적 중 하나이며, 근본적 인권과 존엄성에 대한 신념의 재확인이라고 강조하며, 제노사이드는 이러한 개념들을 그 토대에서부터 공격하므로 국제사회의 안정성과 안보의 근간을 공격한다고 논했다.²⁰⁷

²⁰⁷ *Bosnian Genocide Case*, Preliminary Objections, Judgment, ICJ Reports 1996, Separate opinion of Judge Weeramantry, pp. 648–9.

그는 제노사이드 협약 외에도 ICCPR 등을 통해 국가가 그 국민에게 인권을 보장하는 것 역시 인간 존엄성과 세계 안정성에의 기여를 나타낸다고 설명하였다.

더 나아가 1997년 4월 22일 국가 승계에 관한 UN 컨퍼런스에서 소련이 언급한 국제 적십자 위원회가 ILC 의장에게 전달한 서한의 내용을 다음과 같이 인용하였다.

“보편적 성격의 조약들은 전체 국제 공동체에 가장 중요하며, 특히 신생독립국에게 그렇다. 따라서 보편적 성격의 조약이 새로운 국가

또한 제노사이드 협약 적용의 공백이 바람직하지 주장이 제기되었다. 그는 정치적 사건들의 예측 불가능한 변화에 따라, 한때 보호받던 이들에게 보호가 중단될 수 있고, 또 이들이 보호받게 되는 기이한 현상이 발생할 수 있다고 설명하였다. 따라서 이는 “법적 공백을 피하는” 방법이며, 이 법적 공백은 “다른 관련 국의 이익과, 신생국과 그 국민의 이익에 동일하게 상당히 해로울 법적 공백의 불확실성과 혼란 그리고 실제적 불편”임을 강조하였다.²⁰⁸ 또한 이러한 보호는 가장 잔인하고 비인도적인 종류의 잔혹행위가 동반되는 국가 해체 과정에서 보다 긴요하게 요청된다고 주장했다.²⁰⁹

다른 두 판사 또한 유사하게 주장했다. Shahabudden은 법의 공백으로 인한 보호의 중단은 동 협약의 대상 및 목적에 부합하지 않으며, 이 협약의 대상과 목적은 당사자로 하여금 그것이 제공하는 보호의 중단을 막기 위한 방법으로서의 준수를 요한다고 주장하였다.²¹⁰ Parra-Aranguren 또한 보스니아가 독립시킨 1992년 3월 6일부터 협약의 구속을 받도록 의사를 표한 승계 선언은 제노사이드 협약의 불이행이 보스니아의 국민에게 악영향을 줄 것을 고려할 때 동 협약의 인도적 성격과 부합한다고 서술했다. 그는 이러한 인도적 성격의 협약의 적용 지속의 중요성이 1971년 6월 21일 권고적 의견에서 재판소에 의해 이미 확인되었으며,²¹¹ 판결에서 이에 대한

가 독립하였을 때도 효력이 중단되지 않아야 하는 것은 신생 독립국 뿐 아니라, 국제 공동체 전체의 이익을 위해서이다”

²⁰⁸ Jenks, C. Wilfred, *supra* note 67, p. 109.

²⁰⁹ *Bosnian Genocide Case*, Preliminary Objections, Judgment, ICJ Reports 1996, Separate opinion of Judge Weeramantry, pp. 649–50.

²¹⁰ *Bosnian Genocide Case*, Preliminary Objections, Judgment, ICJ Reports 1996, Separate Opinion of Judge Shahabuddeen, pp. 635–6.

²¹¹ 안보리 결의 276(1990)은 위임통치가 종료된 이후 남아프리카 정부가 나미비아를 대신하여 한 모든 행위가 무효이며 불법임을 선언하였다. 이후 1971년 6월 20일 권고적 의견에서 재판소는 “기존의 양자 조약에 있어, 회원국들은 남아프리카에 의해 체결된 이러한 조약과 그 조항들을 원용거나 적용하는 것을 삼가야 한다. 하지만 다자조약과 관련하여,

보다 심도 있는 논의가 있어야 했다고 주장했다.²¹²

실제로 이러한 필요성에 대한 요청은 상당한 시사점을 준다. 국경조약을 포함하는 영토적 조약 자동승계의 확립 배경에도 국제사회 안정성에 대한 요청이 있었음을 고려할 때, 인권조약의 자동 적용이 가져올 국제사회의 안정성에 대한 긍정적 영향은 무시할 수 없을 것이다. 물론 인권조약 자동승계가 권리 보장을 완전히 담보하는지에 관한 실효성에 대한 논의는 또 다른 차원에서의 검토가 필요하다. 하지만 “가장 잔인하고 비인도적인 종류의 잔혹행위가 동반”되는 국가승계는, 인권 보호가 핵심 가치로 부상한 오늘날 국제사회에서 결코 간과될 수 없는 중대한 상황일 것이다.

④ 영토적 조약 자동승계와의 유추

마지막으로 앞선 제3장 자동승계 논의의 시사점이었던 영토적 조약과의 유추가 재 등장하였다. Weeramantry는 제노사이드 협약에 의해 부여된 권리는 훼손할 수 없다는(non-derogable) 입장에 덧붙여, 인권을 부여하는 조약과 재산권을 부여하는 처분적 조약과의 유추를 서술했다. 그는 이러한 검토가 현 문제를 결정하는데 필수적이지 않더라도, 처분적 조약이 변경할 수 없고 빼앗을 수 없는

인도적 성격의 조약과 같은 특정 보편적 협약은 해당 협약의 불 이행이 나미비아 국민에게 해가 되므로 앞선 원칙이 적용될 수 없다”고 설시했다. (*Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, Advisory Opinion, ICJ Reports 1971, p. 55, para. 122.)

²¹² *Bosnian Genocide Case*, Preliminary Objections, Judgment, ICJ Reports 1996, Separate opinion of Judge Parra-Aranguren, pp. 656-7.

권리를 당사자에게 수여하는 것 같이, 아마도 비슷한 방식으로, 인권 또한 수여자들로부터 변경하거나 빼앗을 수 없다고 주장했다.²¹³

나) 반대의견

찬성 의견도 여럿 있었지만, 인권조약 자동승계에 대한 반대의견도 확인할 수 있었다. 특히 Kreca 판사의 반대 의견은 매우 흥미로웠는데, 그는 제노사이드 협약이 논쟁의 여지 없이 국제형사법 분야에 속한다고 평가했다. 그는 동 협약이 국제법상 범죄로서의 제노사이드의 정의와 처벌을 포함하며, 그 조항들이 국내 형사법을 통해 이행됨을 고려할 때, 다르게 분류할 수 없다고 주장했다.²¹⁴

또한 제노사이드 협약을 인도적 협약으로 분류할 수 없다고 강조했다. 동 협약은 ‘개인의 고통을 줄이거나 제한하고, 무력충돌의 야만성이 허용되는 정도를 억제하는 목적을 가진 인도법(humanitarian law)’에 속하지 않으며, 국제법상 대부분의 협약들이 직간접적으로 “인도적(humanitarian)” 의미를 가짐을 고려할 때, 제노사이드 협약을 인도적 협약으로 분류하는 것은 바람직하지 않다는 주장이었다. 직접적 또는 간접적 의미에 기반하여 어떤 협약을 “인도적”이라고 분류한다면, 국제법의 대부분이 “국제인도법”이 된다는 비판이었다.²¹⁵

그는 “인도적 협약(humanitarian convention)” 또는 “인도적 성격의 협약(convention of humanitarian character)”의 표현이 제노사이드 협약의 중요성을 강조하기 위해 사용된 것으로 보인다고

²¹³ *Bosnian Genocide Case*, Preliminary Objections, Judgment, ICJ Reports 1996, Separate opinion of Judge Weeramantry, p. 652.

²¹⁴ *Bosnian Genocide Case*, Preliminary Objections, Judgment, ICJ Reports 1996, Dissenting Opinion of Judge Kreca, p. 774, para. 108.

²¹⁵ *Ibid.*, p. 775, para. 108.

언급했다. 그러나 이 같은 해당 협약의 법률적 효력을 나타내지 않으므로, 오히려 “보편적 이익의 다자 협약(general multilateral convention of universal interest)”으로 칭하는 것이 협약의 중요성을 더 잘 보여줄 것이라고 설명했다.²¹⁶

Kreca 판사의 협약 분류에 대한 비판은 상당한 시사점을 준다. 앞서 학계로부터 보스니아의 주장까지 이른 바 인권조약의 자동승계를 주장하는 측의 논의를 검토했다. 하지만 거듭 반복되는 의문은 과연 어떠한 조약을 자동승계의 대상 조약으로 분류할 것인가의 문제였다. 이는 대상 조약의 확인이라는 문제를 넘어 보다 본질적인 문제를 제기한다. 특히, 자동승계 주장은 ‘인도적 성격의 협약’, ‘인도적 조약’ 및 ‘인권조약’의 ‘특별한 성격’으로 표현되는 그 무엇가에 논리적 기반을 두고 있다. 하지만 자동승계 대상 협약의 불명확성은 그 특성 자체의 불명확성과도 긴밀히 연결되어 있다. 결국 ‘보편성’, ‘인도적 성격’ 등으로 언급되는 명확히 정의되지 않은 특성에 대한 규명이 선행되어야, 이러한 성격이 자동승계라는 법적 결과로 이어질 수 있는지에 대한 해답을 제시할 수 있을 것이다.

해결되지 않은 수 많은 논점들에도 불구하고 재심청구는 기각되었고,²¹⁷ 기판력 원칙에 의거하여 본 판시는 본안 판결에서도 유지되었다.²¹⁸ 하지만, 몇 년 뒤 재판소는 또 다시 구유고의 국가승계

²¹⁶ Ibid.

²¹⁷ 이에 대한 자세한 내용은 해당 장 ‘제3절 Croatian Genocide Case’의 ‘I. 신유고의 ICJ 당사국 여부’ 중 ‘가) 이전 사건’에 소개되어 있다.

²¹⁸ *Bosnian Genocide Case*, Judgment, ICJ Reports 2007, pp. 89–102, paras. 114–141.

신유고는 1996년 판결이 관련 쟁점에 확정적이지 않음을(not conclusive) 주장하며 기판력 원칙 적용에 반대했다. 즉, 신유고가 재판소에의 접근권한이 있는지의 문제가 1996년 판결을 통해 결정되지 않았으므로, 기판력의 원칙에 의거해 재판소가 본안 단계에서 해당 문제를 검토하지 않는 것이 불가능하다는 입장이었다. 하지만 재판소는 재판소가 관할권을 가지는지의 여부에 관한 분쟁의 경우, 이는 재판소의 결정에 의해 해결

와 관련된 사건을 마주하게 되었다. 이 사건에서는 *Bosnian Genocide Case*에서 비껴간 신유고의 제노사이드 협약 당사국 여부를 둘러싸고 첨예한 국가승계 법리의 대립이 있었다.

제 3 절 *Croatian Genocide Case*

이 사건은 *Bosnian Genocide Case*와 비슷한 양상으로 전개되었다. 1999년 7월 2일 크로아티아는 보스니아가 원용했던 신유고의 제노사이드 협약 위반을 근거로 동 협약 제9조에 따라 소를 제기하였고, 신유고도 선결적 항변을 통해 관할권과 재판적격성에 이의를 제기하였다. 이후 2006년 6월 3일 신유고 연방에서 몬테네그로가 독립함에 따라 신유고의 모든 권리 및 의무의 법적 책임을 지는 세르비아만이 사건의 당사자로 남게 되었다. 앞선 사건에서도 그랬듯, 해당 사건에서 가장 우선적으로 다뤄져야 할 쟁점은 과연 재판소의 관할권이 충족되느냐의 문제였다.

앞선 사건에서 신유고의 ICJ 규정 및 제노사이드 협약 당사국 여부는 양 당사자 어느 쪽에 의해서도 반박되지 않았다. 하지만 해당 사건에서는 신유고의 ICJ 규정 및 제노사이드 협약 당사국 여부가 쟁점이 되었다. 이는 달라진 신유고의 태도와 국제법적 지위로부터 초래되었다. 이전까지 고수해오던 구유고와의 동일성 주장을 철회한 신유고는 2000년 유엔에 새로운 회원국으로 가입하기에 이르렀고, 이를 근거로 유엔 가입 시점 이전까지는 ICJ 및 제노사이드 협약의 당사국이 아니었음을 주장한 것이다.

되므로(ICJ 규정 제36조 6항), 재판소의 판결은 관할권 및 재판적격성에 대한 판결인지, 또는 본안 판결인지를 구분하지 않고 “종국적이며 상소할 수 없다”고 실시했다(ICJ 규정 제60조).

I. 신유고의 ICJ 당사국 여부

신유고가 유엔에 새롭게 가입하면서 향후의 신유고의 지위 문제는 해결되었지만, 1992년부터 2000년 사이의 신유고 지위와 관련한 여러 법적 문제들은 여전히 미결이었다. 물론 *Bosnian Genocide Case* 잠정조치 결정에서 재판소는 제노사이드 협약이 특별조항에 해당한다는 논리에 따라 이에 대한 직접적 판단을 회피했다. 하지만 이 외에도 이미 여러 차례 신유고의 ICJ 당사국 여부를 검토할 기회가 있었다. 따라서 *Croatian Genocide Case*의 관련 논의를 다루기 앞서, 이전 사건들에 대한 우선적 검토가 필요할 것이다. 2008년 11월 18일의 선결적 항변 판결 이전에 등장한 사건들의 관련 내용을 다음과 같이 정리했다.

가) 이전 사건

① *Application for Revision Case*

첫째는 2003년 *Application for Revision Case*의 선결적 항변 판결이다. 해당 사건은 신유고가 *Bosnian Genocide Case* 선결적 항변 판결에 불복하여 제기한 재심 청구였다. 신유고는 2001년 4월 24일 새로운 국가로의 가입이 ICJ 규정 제61조에서 의미하는 “새로운 사실”에 해당한다고 주장하며, 이로 인해 신유고가 구유고의 법인격의 계속이 아니며, 따라서 2000년 11월 이전엔 유엔의 회원

국도 ICJ의 당사국도 아니었음이 명백해졌다고 주장했다.²¹⁹

하지만 재판소는 신유고의 유엔 가입이 1996년 판결 이후 발견된 새로운 사실이 아니라는 판단 하에 신유고의 주장을 기각했다. 즉 1996년 판결 당시 신유고가 다른 구유고의 승계국들처럼 유엔 가입 요청을 제출해야 함은 이미 알려진 사실이었으며, 단지 언제 신유고가 가입 신청을 할 것이며, 언제 이러한 요청이 수락될 것인지의 문제만 알려지지 않았다고 설시 했다. 또한 신유고의 가입을 승인한 2000년 11월 유엔 총회 결의 55/12는 1992년부터 2000년 사이의 신유고의 유엔, ICJ 현장, 제노사이드 협약과 관련된 특별한 지위를 소급적으로 바꿀 수 없다고 강조하였다.²²⁰

하지만 재판소 결정에 대한 반대 의견도 제기되었다. Vereshchetin 판사는 1996년 당시 재판소가 유고슬라비아가 유엔의 회원국이라는 가정 하에 관할권을 확인했지만, 이후의 사건들은 이러한 재판소의 판단이 틀렸음을 분명히 보여준다고 설명했다. 따라서 유고슬라비아가 1996년 당시 유엔의 회원국이 아니었다는 사

²¹⁹ Application for Revision of the Judgment of 11 July 1996 in the Case concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia) (이후 ‘ *Application for Revision Case* ’ 로 약칭), Preliminary Objections (Yugoslavia v. Bosnia and Herzegovina), Judgment, ICJ Reports 2003, p. 12, para. 18.

해당 부분 원문은 다음과 같다.

“After the FRY was admitted as a new Member on 1 November 2000, dilemmas concerning its standing have been resolved, and it has become an unequivocal fact that the FRY did not continue the personality of the SFRY, was not a Member of the United Nations before 1 November 2000, was not a state party to the Statute, and was not a State party to the Genocide Convention...”

²²⁰ *Ibid.*, p. 31, paras. 70–1.

실은 ICJ 규정 제61조가 의도한 “새로운 사실”에 해당한다는 입장이었다.²²¹ Francisco Rezek 판사는, 최근 유엔에 가입한 신유고슬라비아는 재심을 청구할 원고 적격이 없다는 입장을 취했다. 그는 신유고는 보스니아에 의해 제기된 분쟁의 당사자가 아니며, 재판소는 적절한 시기에 피고가 부재한 분쟁의 존재 여부를 결정할 것이라고 설명했다.²²²

²²¹ *Application for Revision Case*, Dissenting Opinion of Judge Vereshchetin, p. 50, para. 28.

²²² *Application for Revision Case*, Declaration of Judge Rezek, p. 52, para. 6.

이와 유사한 입장은 *Legality of Use of Force Case* 에서도 등장했다. Kreca 판사는 유고슬라비아가 2000년 유엔 가입 청구를 통해 법적 동일성 및 계속성 주장을 철회했으며, 동시에 다른 국가들에 의해 새로운 국가로 받아들여졌다고 설명하며, 유고슬라비아의 2000년 유엔 가입은 1992년부터 2000년 사이의 ‘혼합적이며 논란이 많은(hybrid and controversial)’ 인격과는 구분되는 새로운 법인격으로의 수락을 의미한다고 주장했다. (*Legality of Use of Force (Serbia and Montenegro v. Belgium)*, Preliminary Objections, Judgment, ICJ Reports 2004, Separate Opinion of Judge Kreca, pp. 388–9, paras. 27–8.)

② *Legality of Use of Force Case*²²³

2004년 *Legality of Use of Force Case*의 선결적 항변 판결은 1999년 4월 29일 신유고가 NATO 국가들을 상대로 제기한 소에 대한 판결이다. 소 제기 당시 신유고는 유엔의 회원국이 아니었지만, 2004년 판결 시점에는 회원국이 되었으므로 해당사건에서 재판소는 신유고의 재판소 규정 지위 문제를 *Croatian Genocide Case*와 거의 동일한 조건하에 검토해야 했다.

재판소는 신유고가 새로운 회원국으로 유엔에 가입하면서, 원고의 특수한 지위가 유엔의 회원지위 이르지 못했음이 분명해졌다고 판시했다. 따라서 신유고는 1999년 4월 29일 소 제기 시점에 유엔 회원국이 아니었으며, ICJ 규정의 당사국도 아니었다고 결정함으로써 규정 제35조 1항에 따른 관할권을 기각하였다.²²⁴

흥미로운 점은, 재판소가 2003년 *Application for Revision Case*에서와는 달리 문제가 된 기간 동안 신유고가 유엔의 회원국이 아니었음을 근거로 신유고의 손을 들어줬다는 것이다. 이와 같은 이전 판결과의 불일치를 의식이라도 하듯, 재판소는 *Application for*

²²³ 신유고는 벨기에, 캐나다, 프랑스, 독일, 이탈리아, 네덜란드, 포르투갈, 스페인, 영국, 미국의 10개 나토 회원국들을 상대로 개별적인 소를 제기했다. 하지만 재판소는 1999년 6월 2일 결정을 통해 미국과 스페인에 대한 소송을 제거했다. (*Legality of Use of Force (Yugoslavia v. Spain)*, Provisional Measures, Order of 2 June 1999, ICJ Reports 1999, p. 773, para. 35; *Legality of Use of Force (Yugoslavia v. U.S.)*, Provisional Measures, Order of 2 June 1999, ICJ Reports 1999, p. 925, para. 29)

8개의 개별사건 판결은 거의 동일하므로, 해당 사건에서는 *Legality of Use of Force (Serbia and Montenegro v. Belgium)* 사건의 판결을 참고하기로 한다.

²²⁴ *Legality of Use of Force (Serbia and Montenegro v. Belgium)*, Preliminary Objections, Judgment, ICJ Reports 2004, pp. 310-1, paras. 78-9.

Revision Case 판결을 판시에서 직접 언급했다. 재판소는 재심 재판 당시에는 단지 청구가 규정 제61조에 따라 수리가능한지의 여부만 검토하면 되었으며, 신유고가 주장한 “결정적 사실(decisive facts)”은 제61조의 목적 하에서의 “1996년에 존재했던 사실”로 볼 수 없었다고 설명했다.²²⁵

이러한 재판소의 설명에도 불구하고, 15명의 재판관 중 7명의 재판관은 이러한 재판소의 논증이 *Application for Revision Case*와 모순된다고 공동으로 선언했다. 즉, 2003년 판결에서 신유고가 1992년에서 2000년 기간 동안 재판의 당사자가 될 수 있었으며, 이러한 지위는 유엔 가입에 의해서도 바뀌지 않음을 확인하였음에도 불구하고 그 반대의 결정을 한 것은, “전혀 자명하지 않으며, 이해하기 어렵다고(far from self-evident and we cannot trace the steps of the reasoning)” 비판했다.²²⁶

Kooijmans 판사 또한 개별의견을 통해 *Application for Revision Case*와 해당 사건에서의 신유고의 의견은 거의 동일하며, 이는 *Bosnian Genocide Case*와 해당 사건의 밀접한 연관성을 구성한다고 주장했다. 또한 이러한 연관성이 명백해졌음에도 불구하고 재판소가 2003년과는 다른 접근법을 취한 것은 주목할 만 하다고 언급했다.²²⁷

Elaraby 판사 또한 개별의견을 통해 재판소의 접근법이 견고한 법적 근거가 부족하다고 강하게 비판했다. 그는 비록 안보리와 총회가 정치적 권한으로 신유고 관련 결의를 채택했을지라도, 재판소는

²²⁵ *Ibid.*, pp. 312–3, paras. 84–7.

²²⁶ *Legality of Use of Force (Serbia and Montenegro v. Belgium)*, Preliminary Objections, Judgment, ICJ Reports 2004, Joint Declaration of Vice-President Ranjeva, Judges Guillaume, Higgins, Kooijmans, Al-Khasawneh, Buergenthal and Elaraby, pp.333–4, para. 12.

²²⁷ *Legality of Use of Force (Serbia and Montenegro v. Belgium)*, Preliminary Objections, Judgment, ICJ Reports 2004, Separate Opinion of Judge Kooijmans, p. 346, para. 9.

구유고와 관련된 사건에 있어 일관되게 적용 가능한 법을 표명하고 적용했어야 한다고 언급했다. 따라서 재판소는 소가 제기된 1999년에 신유고가 유엔의 회원국이었음을 확인했어야 한다고 주장했다.²²⁸

또한 재판소는 원고가 규정 제35조 2항을 관할권의 근거로 주장하지 않았음에도 불구하고, 35조 2항에 따른 관할권 성립 여부를 검토하였다.²²⁹ 재판소는 제35조 2항이 의미하는 “현행 제 조약”에는 ICJ 규정이 발효하고 난 이후 발효한 제노사이드 협약이 포함되지 않는다는 판단 하에, 재판소 규정 제35조 1항과 2항 그 어느 것에 의해서도 재판소의 관할권이 성립될 수 없다고 결정했다.²³⁰ 하지만, 7명 재판관은 공동선언을 통해, 이러한 해석이 1993년 잠정조치 결정에서의 재판소 입장과 모순되며, 원고가 이에 대한 문제를 제기하지 않았음에도 불구하고 제35조 2항의 범위의 결정이 필요하다고 밝힌 것은 매우 놀랍다고(astonishing) 비판했다.²³¹

²²⁸ *Legality of Use of Force (Serbia and Montenegro v. Belgium)*, Preliminary Objections, Judgment, ICJ Reports 2004, Separate Opinion of Judge Elaraby, pp. 357–8, para. 13.

²²⁹ *Legality of Use of Force (Serbia and Montenegro v. Belgium)*, Preliminary Objections, Judgment, ICJ Reports 2004, pp. 315–318, paras. 93–99.

재판소는 1993년의 잠정조치 결정에서의 제35조 2항에 대한 판단은 유엔 회원국 및 ICJ 당사국 여부가 불확실한 국가에 대해 제기된 소송이라는 상황에서 진행된 것으로, 잠정조치 요청이라는 부수적인 소송 절차의 맥락 속에서, 관련 법과 사실을 검토하여 나온 것이라고 설명했다. 따라서 재판소는 현재 사건에서 제35조 2항의 문제를 확정적으로 결정하여 향후의 적용가능성과 해석의 문제를 검토하는 것이 적절하다는 입장을 취했다.

²³⁰ *Ibid.*, p. 324, para. 114.

²³¹ *Legality of Use of Force (Serbia and Montenegro v. Belgium)*, Preliminary Objections, Judgment, ICJ Reports 2004, Joint Declaration of Vice-President Ranjeva, Judges Guillaume, Higgins, Kooijmans, Al-Khasawneh, Buergenthal and Elaraby, p.333, para.11.

③ *Bosnian Genocide Case* 본안 판결

이 같이 *Legality of Use of Force Case*에서 재판소가 앞선 판결들과 상반되는 결정을 내린 이후, 2007년 2월 *Bosnian Genocide Case*의 본안 판결이 등장했다. 앞서 확인한 바와 같이 해당 판결에서는 1996년 관할권 판시의 기판력이 적용되었다. 하지만 재판소는 *Legality of Use of Force Case*의 경우 당사자가 다르기 때문에 1996년 사건의 기판력이 적용되지 않았다고 설명했다.²³²

이 같은 재판소의 판결은 다음과 같은 반대의견을 불러일으켰다. 우선, 세 명의 판사가 공동 반대 의견을 통해 다음과 같은 의견을 표했다. 이들은 기판력 원칙에 따라 관할권의 존재여부를 정당화하는 재판소의 태도는, 가장 핵심적인 문제인 피고가 유엔의 회원국인지와 제노사이드 협약의 당사국인지의 문제를 회피하는 것이라고 비판했다.²³³

이들은 해당 판결은 당사자가 재판소에 접근할 수 있는지의 문제가 이미 결정되었음을 암시하지만, 해당 문제는 1996년 판결에서 결정되지 않았다고 주장했다. 또한, 1996년 판결에서 이에 대한 직간접적인 논의가 확인되지 않으며, 당사자 중 그 누구도 문제로 제기하지 않았다고 덧붙였다. 따라서 기판력은 이미 결정된 사안에만 적용되므로, 재판소에 의해 고려조차 되지 않은 해당 사안에는 적용될 수 없다고 주장했다.²³⁴

또한 *Legality of Use of Force Case* 판결에서 재판소가 규정

²³² *Bosnian Genocide Case*, Judgment, ICJ Reports 2007, pp. 89–102, paras. 114–141

²³³ *Bosnian Genocide Case*, Judgment, ICJ Reports 2007, Joint Dissenting Opinion of Judges Ranjeva, Shi and Koroma, p. 267, para. 2.

²³⁴ *Ibid.*, p. 267, para. 3.

제35조 1항과 2항 그 어느 것에 의해서도 관할권이 성립될 수 없다고 결정한 것을 언급했다. 이들은 이 같은 판결이 비록 해당 사건에 기판력은 없을지라도 의미가 있다는 입장이었다. 이들은 이전 사건과의 사법적 일관성을 요구하며, 재판소가 피고의 ICJ 당사국 여부를 우선적으로 고려해야 한다고 비판했다.²³⁵

Leonid Skotnikov 또한 *Legality of Use of Force Case*에서 재판소는 재판소와 당사자의 바램과 무관하게 존재하는 특정 법적 현실을 인정했으며, 이는 해당 사건에서도 달라질 수 없다고 설명했다. 즉, 피고는 문제의 기간 동안 유엔 회원국이 아니었으며 따라서 ICJ 당사국도 아니었지만, 재판소가 해당 사건에서 기판력을 적용함에 따라 ‘양립할 수 없는 현실(parallel realities)’을 만들었다고 비판했다.²³⁶

반면, Al-Khasawneh 판사는 *Legality of Use of Force Case*의 판시가 설득력이 없으며 재판소 스스로의 법리 혼돈과 모순을 가져왔다고 비판했다. 그는 유엔 헌장 제4조 1항에 규정된 “평화애호 공식(peace-loving formula)”이 구유고의 해체와 동시에 발생한 여러 잔혹행위로 인해 적용하기 어려운 상황에서, 신유고가 구유고의 계속을 주장함에 따라, 유엔 총회 및 경제사회이사회의 참석을 제한하는 제재를 받았을 뿐이라고 설명했다. 뿐만 아니라 신유고가 계속 국가 주장을 철회하지 않았다면, 이는 국제사회에서 수락되었을 것이라고 주장했다.²³⁷

따라서 그는 해당 문제가 끊임 없이 유엔의 원 회원국의 계속 국가임을 주장했던 국가의 문제라고 설명했다. 따라서 신유고가 유엔에 새롭게 가입했으므로 가입 이전엔 회원국이 아니었다는 주장

²³⁵ *Ibid.*, pp. 271-4, paras. 12-7.

²³⁶ *Bosnian Genocide Case*, Judgment, ICJ Reports 2007, Declaration of Judge Skotnikov, p. 366-7.

²³⁷ *Bosnian Genocide Case*, Judgment, ICJ Reports 2007, Dissenting Opinion of Vice-President Al-Khasawneh, p. 241-6, paras. 1-10.

은 수락될 수 없다는 입장이었다. 그는 해당 쟁점이 “신 회원국”과 “비 회원국”의 문제가 아니라, “신 회원국”과 “기존의 회원국”의 문제라고 일축했다.²³⁸

나) *Croatian Genocide Case*

이 같이 기존 판결들마저도 해당 쟁점에 있어 논리적 일관성을 보이지 않는 상황에서, *Croatian Genocide Case*에서도 이는 주요 쟁점으로 부상했다. 기본적으로 크로아티아는 재판소가 관할권을 가진다는 입장을 취했다.²³⁹ 특히 해당 사건과 *Bosnian Genocide Case*의 정황이 정확히 일치한다고 주장하며, 보스니아 사건에서는 제노사이드 협약 제9조와 같은 다자조약의 분쟁회부조항이 일응 현행 제 조약의 특별한 규정으로 여겨질 수 있음을 근거로 관할권이 확인되었다고 덧붙였다. 물론 소 제기 이후 피고가 유엔에 가입했다는 점에서 보스니아 사건과 차이점이 있지만, 이는 오히려 해당 사건에서의 관할권을 보다 확실히 한다고 강조했다.²⁴⁰

이러한 크로아티아의 입장은 구두 변론에서 보다 자세히 개진되었다. 크로아티아는 1992년부터 2000년까지의 기간 동안 신유고가 유엔 내에서 특별한 지위를 누렸다고 설명했다. 총회 및 경제사

²³⁸ *Ibid.*, para. 11, pp. 246–7.

²³⁹ 크로아티아는 “재판소의 관할은 당사자가 재판소에 회부하는 모든 사건과 국제연합헌장 또는 현행의 제 조약 및 협약에서 특별히 규정된 모든 사항에 미친다”는 ICJ 규정 제36조 1항을 언급하며 관할권의 성립을 주장했다.

²⁴⁰ *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Yugoslavia)* (‘*Croatian Genocide Case*’로 약칭), Memorial of the Republic of Croatia, Vol. 1, 1 March 2001, pp. 317–8, paras. 6.01–6.04.

회이사회 활동에 참석하지 않는 등의 한계는 있었지만, 다른 활동에는 참석이 가능했으며, 이는 유엔의 주요 사법기관인 ICJ를 포함한다는 설명이었다.²⁴¹ 또한 실제로도 해당 기간 동안 문서를 회람하고, 분담금을 내는 등 유엔 회원국으로서의 역할을 수행했다고 언급했다.²⁴²

반면, 신유고는 소제기 시점에 스스로가 유엔 회원국이 아니었으므로 재판소의 당사국 또한 아니었다고 주장했다. 즉, ‘Yugoslavia’라는 이름으로 회원 지위가 종료 또는 중단되지 않은 대상은 신유고가 아닌 구유고였다고 반박했다. 또한 신유고가 구유고의 회원국 지위를 계속하지 않음은 크로아티아를 포함하는 다른 구유고 승계국들에 의해서도 인정된 바라고 주장했다. 즉, 1992-2000 사이의 계속된 ‘Yugoslavia’의 회원국 지위와 신유고를 분리함으로써, 신유고는 2000년 이전엔 회원국이 아니었다고 주장한 것이다. 이 외에도, *Bosnian Genocide Case* 잠정조치 결정에서 재판소가 판단의 근거로 삼은 ICJ 규정 제35조 2항에 명시된 “현행 제 조약”에 제노사이드 협약은 포함되지 않음을 주장하며, 해당 사건이 재판소의 관할권에 속하지 않는다고 반박했다.²⁴³

이 같이 양 당사자의 첨예한 공방이 계속되는 가운데, 재판소의 선결적 항변 판결이 나왔다. 재판소는 이전 사건들은 기판력이 적용되지 않는다는 전제하에,²⁴⁴ 소가 제기된 1992년 7월 2일에도 두

²⁴¹ *Croatian Genocide Case*, CR 2008/11, pp. 19-21, paras. 4-6.

²⁴² *Ibid.*, pp. 21-2, para. 7.

²⁴³ *Croatian Genocide Case*, Public Sitting held on Thursday 29 May 2008, CR/2008/12, pp. 13-30, para. 15-26.

²⁴⁴ *Croatian Genocide Case*, Preliminary Objections, Judgment, ICJ Reports 2008, pp. 428-9, paras. 52-6.

재판소는 기존 사건들(*Bosnian Genocide Case*, *Application for Revision Case*, *Legality of Use of Force Case*)에서 ICJ 규정과 제노사이드 협약에 대한 신유고의 법적 지위 관련 문제들이 이미 다루어 졌지만, ICJ 규정 제59조에 따라 기존 판결은 당사자와 해당 판결에 대해서만 구속력을 가지기 때문에 해당 사건에는 기판력의 원칙이 적용되지 않는다고

당사가 ICJ 당사자가 될 수 있는지를 확인하고자 했다. 하지만 해당 판결에서도 재판소는 다소 우회적인 방법을 선택하였다. 즉, 이러한 문제는 소 제기 시점을 기준으로 판단하는 것이 일반이지만, *Mavrommatis Palestine Concessions Case*, *Northern Cameroons Case*, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua Case*, *Bosnian Genocide Case* 등의 사건을 볼 때, 소를 다시 제기하면 해결될 결함으로 인해 굳이 관할권이 없다고 볼 수 없다는 입장을 취한 것이다. 즉, 현실주의(realism)와 유연성(flexibility) 측면에서, 이후에는 충족되었지만 소 제기 시점에 충족되지 않은 요건을 이유로 하여 관할권을 부정할 수 없다는 입장이었다.²⁴⁵

하지만 해당 판결 역시 이전 판결들에서 제기된 논리적 비일관성을 극복하긴 어려운 듯 하다. 특히, 2004년 *Legality of Use of Force Case*와 해당 사건은 소 제기 이후 신유고가 유엔에 새롭게 가입했다는 점에서 여러 정황이 일치한다. 하지만, 전자의 경우 이에 근거하여 신유고의 당사자 자격이 없다고 판시하였고, 후자에서는 소를 다시 제기하면 해결될 결함이라고 논의를 일축했다. 이러한 결론은 논리적 일관성보다는 오히려 대립에 가까울 것이다.

다) 검 토

1992-2000년 간 신유고의 ICJ 당사국 여부와 관련된 다수의 판례를 검토한 결과, *Legality of Use of Force Case*를 제외하고는 대체로 이에 긍정하였다. 그 근거 또한, 기판력, *Mavrommatis* 원칙 등 다양했다. 하지만 *Legality of Use of Force Case* 판시와의 불

합했다. 하지만, 동일한 법적 문제에 있어, 특별한 이유가 있지 않은 한, 기존의 확립된 법리를 벗어나지 않겠다는 입장을 취했다.

²⁴⁵ *Ibid.*, pp. 437-444, paras. 77-92.

일치는 간과할 수 없을 만큼 중대했다. 결과적으로 여러 재판관들은 이러한 불일치에 맹렬한 비판을 가했다. 결국 문제의 기간 동안의 ‘Yugoslavia’라고 표현되던 실체의 지위는 여러 법적 난제들을 낳았고, 이는 ICJ 내에서도 일관성 있게 다뤄지지 않았다.

신유고의 ICJ 당사국 여부는 조약승계에 중점을 둔 해당 연구의 핵심을 구성한다고 볼 수 없다. 하지만, 신유고의 복잡한 법적 지위와 관련되어 국가승계와 관련한 상당한 시사점을 주었던 논점으로, 이에 대한 우선적인 검토가 구유고 조약승계 사례를 이해하기 위해 반드시 필요할 것이다. 또한 해당 쟁점을 미결로 남기는 듯한 ICJ의 비일관적인 태도는 국가승계분야가 명쾌한 해답을 내리기 어려운 분야임을 다시 한번 입증해주는 듯 했다.

II. 신유고의 제노사이드 협약 당사국 여부

앞서 신유고의 ICJ 당사국 여부가 신유고의 유엔 회원 지위와 관련한 상당한 법적 논란을 야기한 것에 더해, 신유고의 제노사이드 협약 당사국 여부 역시 국가승계의 여러 논점들과 섞여 또 다른 논란의 줄기로 이어졌다. 크로아티아는 신유고가 제노사이드 협약의 당사국이라고 주장하였고, 신유고는 이에 반대하였다. 두 당사국은 해당 사안을 둘러싸고 다양한 논거를 제시하였으며, 보스니아 사건에서와 마찬가지로 조약승계 쟁점들이 상당수를 이루었다.

가) 1978년 비엔나 협약의 적용

우선 크로아티아는 두 당사자 모두 제노사이드 협약의 당사국임을 입증하는 과정에서, 약 세가지를 근거로 제시했다. 첫째는, 해

당 문제에 적용 가능한 기본 원칙은 구유고가 당사국이었던 1978년 비엔나 협약의 제34조라는 주장이었다.²⁴⁶

크로아티아의 제34조 적용 주장은 신유고의 반론으로 이어졌다. 당시 상황을 살펴보면, 구유고는 1980년 4월 28일 1978년 비엔나 협약에 가입했으며, 이후 크로아티아는 1992년 10월 22일 해당 협약을 승계했다. 크로아티아가 소를 제기한 1992년 7월 2일 당시 신유고는 구유고와의 동일성 주장을 철회하지 않았으므로, 두 당사자 모두 1978년 비엔나 협약의 적용을 받겠다는 의도를 표현했다고 해석할 수 있었다.

그러나 재판이 진행되던 2000년 11월 1일 신유고는 유엔에 가입하였고, 자국의 동일성 주장이 국제사회에서 수락되지 않는 ‘잘못된 추정(erroneous assumption)’ 일 뿐이라며 태도를 극적으로 전환했다.²⁴⁷ 또한, 2001년 3월 12일 1978년 비엔나 협약을 포함한 여러 다자조약을 승계했다. 이러한 신유고의 행보는 앞서 *Bosnian Genocide Case*에서 신생독립국을 제외하고는 승계를 통해 조약의 당사국이 될 수 없다고 주장한 것과는 상반되는 실행이었다.

또한 흥미롭게도, 신유고의 승계통고에는 1992년 4월 27일로의 효력의 소급효가 명시되어 있었다. 이 역시 앞서 *Bosnian Genocide Case*에서 보여준 승계의 소급효에 적극적으로 반대하던 기존의 태도와는 확연히 다른 모습이었다. 이러한 변화는 승계 소급효에 대한 태도의 전환으로도 파악이 가능하지만, 보다 깊게는 1978년 비엔나 협약의 적용을 피하기 위한 전략적 선택으로 해석된다.

²⁴⁶ *Croatian Genocide Case*, Memorial of the Republic of Croatia, Vol. 1, 1 March 2001, p. 319, para. 6.07.

이 외에도 인권 조약의 자동승계 원칙 및 신유고가 이전 ICJ 사건들에서 보인 태도를 근거로 들었다. 자세한 내용은 이후 내용에서 확인할 수 있다.

²⁴⁷ *Croatian Genocide Case*, Preliminary Objections of the FRY, 1 September 2002, ICJ, p. 35.

신유고는 선결적 항변²⁴⁸에서 1978년 비엔나 협약 제34조는 국제관습법이 아니며²⁴⁹ 제7조 1항에 따라 해당 협약이 발효한 시점(1996년 11월 6일) 이후에 발생한 승계사건에만 적용 가능하므로, 그 이전에 발생한 신유고의 승계문제에는 적용되지 않는다고 주장했다. 신유고는 1992년 4월 27일 신유고가 수립된 날에 국가승계가 발생하였으며, 해당 시점에 영토에 대한 국제 관계의 책임이 대체되었음이 명확하다고 강조했다.²⁵⁰

결과적으로, 신유고는 백지출발주의 및 승계의 소급효 반대 주장을 철회하였고, 승계 시점을 1996년 11월 6일 이전으로 소급 적용함에 따라 1978년 비엔나 협약 제34조의 적용을 피하고자 했다. 생각건대, 신유고가 1978년 비엔나 협약을 승계한 상황에서, 그 정 반대 이론을 관습법으로 단호하게 주장하긴 어려웠을 것으로 보인다. 뿐만 아니라, 보다 시급한 문제는 이미 승계한 1978년 비엔나 협약의 적용을 피하는 것이므로, 신유고의 국가승계 시점이 1978년 비엔나 협약 적용 기간에 포함되지 않음에 방점을 두고 선결적 항변을 제시한 것으로 추측된다.

²⁴⁸ 총 3개의 선결적 항변을 제출하였다. 첫째는 인적 관할권(*ratione persone*), 둘째는 1992년 4월 27일 이전 사건에 대한 관할권, 셋째는 크로아티아의 특정 진술(*specific submission*)에 관한 것이었다. 그 중 첫째, 둘째 항변이 국가승계 관련논의를 포함했다.

²⁴⁹ *Croatian Genocide Case*, Preliminary Objections of the FRY, 1 September 2002, ICJ, p. 31, para. 3.14.

보다 자세히는 다음과 같이 표현하였다.

“원고는 제34조가 국제관습법을 반영한다고 주장하지 않았으며, 주장할 수 없었을 것이다. 대신, 원고는 1978년 비엔나협약 제34조를 인용하였고, 이에 의존하였다. (The Applicant did not argue—nor could it have argued—that Article 34 represented customary international law. Instead, the Applicant cites the text of Article 34 of the 1978 Vienna Convention, and relies on it.)”

²⁵⁰ *Ibid.*, pp. 31–2, paras. 3.14–16.

나) 1992년 4월 27일 선언의 효력

하지만 크로아티아는 보다 강력히 두 당사자 모두 1978년 비엔나 협약의 적용을 받는다고 주장했다. 이를 뒷받침하기 위해 크로아티아는 신유고와 관련된 이전 ICJ 판시들을 근거로 들었다. 첫째는 *Bosnian Genocide Case*로, 보스니아 사건 당시 신유고의 제노사이드 협약 가입여부에 대해서 어느 측에 의해서도 문제가 제기되지 않았고, 이는 본안 판결에서도 기판력 원칙에 의거하여 유지된 바였다. 이를 근거로 크로아티아는 신유고의 동 협약 구속여부는 보스니아 사건에서 재판소에 의해 이미 확인된 바라고 주장했다.²⁵¹ 또한 신유고가 동 협약 제9조에 근거하여 소를 제기한 *Legality of Use of Force Case*을 언급하며, 이러한 소송을 통해 신유고 스스로 동 협약의 당사국임을 확인했다고 주장했다.²⁵²

반면, 신유고는 2000년 11월 1일자로 유엔의 회원국이 되었으며, 그 이전엔 유엔 총회 또는 사무총장의 초청 없이는 제노사이드 협약의 당사국이 될 수 없었다고 주장했다.²⁵³ 또한, 1992년 4월 27일의 선언은 조약 행위(treaty action)가 아닌 정책적 입장 표명일 뿐이라고 강조했다. 신유고는 해당 선언이 단지 구유고의 국제법인격을 자동적으로 계속한다는 열망의 표현이었으며, 이는 크로아티아를 포함하는 다른 승계국들에 의해 지속적으로 배척되었으므로

²⁵¹ *Bosnian Genocide Case, Preliminary Objections, Judgment, ICJ Reports 1996*, p. 595, para. 17.

²⁵² *Croatian Genocide Case, Memorial of the Republic of Croatia*, Vol. 1, 1 March 2001, pp. 319–20, Paras. 6.06–9.

²⁵³ *Croatian Genocide Case, Preliminary Objections of the FRY*, 1 September 2002, ICJ, pp. 27–29, paras. 3.9–12.

궁극적으로는 어떠한 효과도 없었다고 주장했다.²⁵⁴ 결과적으로, 신유고가 구유고의 법인격, 유엔 회원국 지위, 조약 지위를 계속하는 것이 아닌 상황에서, 2001년 6월 10일 제9조 유보를 첨부한 가입을 통해서만 제노사이드 협약의 당사국이 될 수 있다는 입장이었다.

다) 인권조약 자동승계

크로아티아의 주장의 또 다른 핵심은 인권조약 자동승계였다. 크로아티아는 기본 인권조약으로부터 특정 인권의 보호를 향유한 지역의 주민들은 국가승계에 의해 이러한 권리를 박탈당하지 않는다는 일반적으로 인정되는 원칙에 따라 신유고가 제노사이드 협약 당사국이 된다고 주장했다.²⁵⁵

이러한 크로아티아의 주장에 대해, 신유고도 본격적으로 반론을 제기했다. 신유고는 1978년 비엔나 협약 성안 과정에서의 입법조약 관련 논의를 언급하며, 충분한 관행 및 국가들의 지지가 부족으로 인해 관련 제안들이 채택되지 않았음을 강조했다.²⁵⁶ 또한, 국제관습법화 되기 위해 필요한 사실상 획일적이고 광범위한 국가 실행이 확인되지 않았으며, 특별한 영향을 받는 이익국인 신유고의 계속적 반대 역시 자동승계에 반하는 실행을 보여준다고 설명했다.²⁵⁷ 한

²⁵⁴ *Ibid.*, pp. 35–49, paras. 3.22–3.44.

²⁵⁵ *Croatian Genocide Case*, Memorial of the Republic of Croatia, Vol. 1, 1 March 2001, p. 319, para. 6.07.

이를 뒷받침하는 자료로 Kamminga의 논의를 언급하였다. (Kamminga, Menno T., *supra* note 6.)

²⁵⁶ *Croatian Genocide Case*, Preliminary Objections of the FRY, 1 September 2002, ICJ, pp. 54–56, paras. 3.54–8.

²⁵⁷ *Ibid.*, pp. 57–8, paras. 3.60–2.

신유고는 국제관습법 형성에 대한 ICJ의 주요 판결인 *North Sea*

예로, 1990년대에 등장한 승계국들의 조약 실행이 인권조약 자동승계와 부합하지 않는다고 언급했다.²⁵⁸

더 나아가 신유고는 인권조약의 자동승계를 인정한다 해도, 제노사이드 협약의 제9조에는 적용되지 않는다는 입장을 취했다. 신유고는 실질적 내용을 담고 있는 규정과 사법 규정을 분리하여, 자동승계는 해당 협약에 포함된 실질적 의무에만 적용된다고 주장했다. 따라서 후자는 개인의 권리가 아닌 국가 간 분쟁 해결 절차를 규정할 뿐이었다.²⁵⁹

인권조약 자동승계의 핵심 근거 중 하나는 개인에게 권리를 부여하는 조약의 경우 국가승계와 같은 외부적 변화에 의해 효력이 중단되지 않는다는 주장이다. 하지만, 신유고의 실질적 규정과 절차적 규정의 분리는 상당한 시사점을 주는 듯 하다. 물론 신유고의 분류 틀을 있는 그대로 수용할 수 있는지는 추후 검토해 볼만한 문제일 것이다. 특히, 양분적 구분만 가능한 것인지, 또는 실질적, 절차

*Continental Shelf 사건*을 인용하였다. 해당 사건에서 ICJ는 실행이 “광범위하면서도 사실상 획일적(both extensive and virtually uniform)” 이고, “특별히 영향받는 국가들(specially affected states)” 이 참여한다면 짧은 시간 내에도 새로운 관습법이 형성될 수 있다고 판결하였다. (*North Sea Continental Shelf, Judgment*, ICJ Reports 1969, p. 43, para. 74.)

이처럼 ICJ가 특별히 영향 받는 국가들의 지위를 강조한 이유는, 이들이 자신의 입장을 밝히고 반대를 표명하기도 전에, 다른 국가들에 의해 이들에게 의무가 부과되는 것을 막기 위한 것으로 해석된다. (김대순, *supra* note 9, 50쪽.)

²⁵⁸ *Ibid.*, pp. 58–65, paras. 3.65–72.

1990년대 승계 실행으로 언급된 사례는 구소련의 분열과 독일의 통일이었다. 신유고는 구소련 승계국들 대다수가 제노사이드 협약을 포함하여 구소련이 가입했던 다양한 인권 조약에 가입했으며, 서독 또한 동독만이 가입했던 인권 조약의 계속적 적용을 받아들이지 않았으므로 원고가 제기한 기득권이론이 적용되지 않았다고 설명했다. 이러한 신유고 주장에 대한 평가는 ‘제5장 국제사회 실행’ 부분에서 본격적으로 다루기로 한다.

²⁵⁹ *Ibid.*, pp. 75–81, paras. 3.92–103.

적 규정을 구분하는 기준이 무엇인지 등 추가적 논의가 필요해 보인다. 하지만, 적어도 한 조약이 권리를 부여하는 규정만으로는 구성될 수 없다는 점에선 모두가 쉽게 납득할 것이다. 인권조약이라 해도, 인권을 부여하거나 핵심 가치를 규정하는 ‘실질적’ 내용의 규정이 있는 반면, 분쟁 해결조항을 포함하여, 가입 및 탈퇴 절차, 개정 절차 등을 포함하는 다소 ‘절차적’ 규정도 포함되어 있다. 따라서, 이른 바 인권조약의 자동승계가 해당 조약 전체의 자동 적용을 의도하는지, 또는 인권을 부여하는 일부 핵심 규정들의 자동 적용을 의도하는지 혼란이 있을 수 밖에 없다.

그렇다면 신유고의 주장처럼 인권조약의 세부 규정을 분리하여 ‘실질적’ 규정만 자동승계 할 수 있을까? 사실 인권조약의 핵심가치는 그 자체로 이미 ‘국제관습법’으로, 심지어 일부는 ‘강행규범’으로 인정된다. 따라서, 인권조약이 굳이 자동승계 되지 않아도, 일부 조약 상 핵심 규정들은 관습법 또는 강행규범으로 자동 적용되고 있다. 만약 신유고의 주장을 참작하여, ‘실질적’ 규정만 자동승계 한다면, 자동승계의 실효성에 대판 비판도 가능할 것이다.

하지만 조약상 원칙과 국제관습법상 원칙을 완전히 동일시 할 순 없을 것이다. 특히, ICJ는 무력충돌에 관한 법을 확인하는 과정에서 조약과 국제관습법상 원칙을 명백히 구분한 바 있다. 재판소는 법 원칙이 다자조약에 성문화되었다는 사실이 해당 원칙이 국제관습법으로서 더 이상 적용될 수 없음을 의미하지 않는다고 실시했다. 또한, 무력 사용의 금지, 불간섭, 국가의 독립과 영토 보전에 대한 존중, 항행의 자유 등의 원칙이 편입된 조약법 상 규정이 작동할지라도, 이러한 원칙들은 국제관습법의 일부로서 계속 구속력이 있다고 판시했다.²⁶⁰

또한, 조약에 규정된 권리는 국제관습법상 원칙에 비해 보다 상세하다는 특징을 가진다. 국제관습법상 인권 규범이 다소 추상적인

²⁶⁰ *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Jurisdiction and Admissibility, Judgment, ICJ Reports 1984, p.424, para. 73.

형태로 존재하는 것에 비해 인권조약들은 보장하고자 하는 권리의 구체적인 범주, 특성 등을 세부적으로 나열한다. 따라서, 국제관습법으로 이미 인정된 권리라 할 지라도, 세부 조항이 명시된 조약의 당사국이 된다면 당사국 행동 규율에 보다 효과적일 것이다.

라) 선결적 항변 판결

재판소는 이전 사건들의 기판력이 적용되지 않는다는 전제 하에 다음과 같이 판결했다.²⁶¹ 재판소는 관할권의 근거가 소 제기 시점에 존재했음이 확인된다면, 이후의 소멸(lapse) 또는 철회(withdrawal)는 재판소 관할권에 영향을 주지 않는다는 입장을 취했다. 즉, 1999년 7월 2일, 크로아티아가 소를 제기한 시점에 신유고가 동 협약 당사국이었다면, 즉 신유고가 유엔에 새롭게 2000년 11월 1일 이전까지 적어도 당사국이었다면, 재판소는 계속적으로 해당 사건에 대해 관할권을 갖는다는 설명이었다.²⁶² 신유고가 소를 제기한 이후 입장을 전환했음을 고려할 때, 검토할 시점을 소 제기 시점으로 제한한 것은, 복잡한 쟁점을 단순화하고 신유고의 달라진 주장을 기각할 근거를 마련한 것으로 볼 수 있었다. 따라서 신유고의 입장 전환이 가져온 결과는 해당쟁점에서의 고려대상이 아니었다.

재판소는 1992년 4월 27일의 선언 및 문서가 제노사이드 협약

²⁶¹ *Croatian Genocide Case*, Preliminary Objections, Judgment, ICJ Reports 2008, pp. 428–9, paras. 52–6.

재판소는 앞서 언급한 이전 사건들에서 해당 사건에서 제기된 사실 및 법적 쟁점의 일부가 다뤄졌지만, 이들 중 어떤 결정도 현재 사건의 당사자인 크로아티아와 세르비아 사이의 소송에 대한 판결이 아님을 근거로 기판력 원칙이 적용되지 않는다고 설시했다.

²⁶² *Ibid.*, pp. 444–6, paras. 93–7.

에 관해 가지는 성격 및 효과가 무엇인지를 다루었다. 특히, 해당 선언 및 문서가 국제 조약 의무에 구속을 받겠다는 수락으로서 “특정 문제에 대한 충분히 구체적인 표현으로 만들어졌는지(made in sufficiently specific terms in relation to the particular question)”를 고려하였다. 결과적으로 재판소는 해당 문서가 개별 조약의 이름은 언급하지 않았을지라도, ‘구유고가 국제적으로 부담했던 책임(commitment)’이라는 표현을 볼 때, 이는 구유고 해체 시 구유고가 부담했던 조약 책임에의 구속으로 해석할 수 있다고 판결했다. 또한 재판소는 제노사이드 협약이 이러한 책임들 중 하나임이 분명하다고 밝혔다.²⁶³

또한, 재판소는 승계통고 시 요구되는 형식적 요건에 대해 덧붙였다. 재판소는 ‘조약 가입 및 비준’과 ‘승계 및 계속 국가(continuing state)로 구속 받는 상황’을 법적으로 구분하였다. 재판소는 후자의 경우 전자 보다 낮은 정도의 형식적 엄격성이 요구된다고 실시 했다.²⁶⁴

더 나아가 해당 선언 이후 신유고의 일관적 행동들은 스스로를 제노사이드 협약의 구속받는 것으로 간주했음을 보여주며 이러한 일관성은 2001년 3월 21일 유엔사무총장에 가입 통고를 기탁하기 이전까지 유지되었다고 밝혔다. 따라서 재판소는 1992년 선언의 정치적 전제는 달랐을지라도, 이는 조약의 승계통고의 효력을 갖는 것으로 여겨져야 한다고 판시하였다.²⁶⁵ 결과적으로 재판소는 관할권을 확인하였으며, 신유고의 선결적 항변을 기각하고 본안심리를 속개하였다.

앞서 재판소는 신유고의 제노사이드 협약 당사국 여부와 관련된 판결들에서 1992년 4월 27일의 선언에 기반하여 신유고가 동 협약 당사국임을 확인해왔다.²⁶⁶ 따라서 같은 근거를 활용하여 신유

²⁶³ *Ibid.*, p. 450, para. 108.

²⁶⁴ *Ibid.*, pp. 450–1, para. 109.

²⁶⁵ *Ibid.*, pp. 451–5, paras. 111–7.

²⁶⁶ *Bosnian Genocide Case*, Provisional Measures, Order of 8

고의 주장을 기각한 해당 판결 역시 재판소의 기존 입장에서 크게 벗어나지 않아 보였다.²⁶⁷

아쉽게도 해당 판시에서 인권조약 자동승계는 전혀 다루지지 않았다. Kreca 판사는 반대 의견에서 인권조약 자동승계에 대한 의견을 제시했지만, 이는 *Bosnian Genocide Case*에서 제출한 의견과 상당부분 일치하므로 반복하지 않기로 한다. 이후, 본안 판결에 따른 판사들의 개별의견에서도 인권조약 자동승계 논의가 확인되지만 앞선 논의들과 구별되는 새로운 논의는 찾기 어려웠다.²⁶⁸

April 1993, ICJ Reports 1993, pp. 14–5, paras. 20–3; *Bosnian Genocide Case*, Preliminary Objections, Judgment, ICJ Reports 1996, p. 610, para. 17; *Bosnian Genocide Case*, Judgment, ICJ Reports 2007, pp. 89–102, paras. 114–141.

²⁶⁷ 그러나 이러한 재판소의 논증이 관련 국제법 원칙에 부합하는지는 별개의 문제일 것이다. Kreca 판사는 재판소의 결정이 기존의 재판소 입장과 일치한다고 설명하면서도, 이는 관련 국제법 규칙과는 부합하지 않는다고 비판했다. (*Croatian Genocide Case*, Preliminary Objections, Judgment, ICJ Reports 2008, Dissenting Opinion of Judge Kreca, pp. 563–6, para. 16–21.)

²⁶⁸ Cançado Trindade 판사는 인권 조약과 같은 특정 유형의 조약의 경우에는 이러한 조약의 특별한 성격으로 인해, 계속 적용됨이 일반적으로 받아들여진다고 주장했다. (*Croatian Genocide Case*, Judgment, ICJ Reports 2015, Dissenting Opinion of A. A. Cançado Trindade, pp. 9–19, paras.19–49).

Xue 판사는 인권 조약 자동승계에 반대하는 입장을 취했다. 그는 인권 조약 적용의 중단으로 야기되는 ‘시간적 공백(time gap)’이 바람직하지 않다는 주장에 대해, 이러한 한계는 모든 조약 체제의 한계로, 다른 조약의 경우에도 마찬가지라고 설명했다. 또한 ICJ의 관할권은 해당 협약의 이행을 위한 가능한 수단 중 하나의 불과하며, 제노사이드 협약의 방지 및 처벌은 제9조에 따른 사법적 해결 수단 외의 다른 방법들에 의해서도 달성될 수 있다고 주장했다. (*Croatian Genocide Case*, Judgment, ICJ Reports 2015, Declaration of Judge Xue, pp. 6–7, paras. 27–29)

제 4 절 그 외 국제 재판소 판례

이처럼 ICJ 판례가 인권조약 자동승계에 대한 명확한 답변을 주지 못하는 상황에서, 일부 국제 재판소 또한 관련 쟁점을 다룰 기회를 마주했다. 여기서 다룰 구유고 국제 형사 재판소(International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia: ICTY)의 *Čelebići Case*와 유럽 인권 재판소(European Court of Human Rights: ECHR)의 *Bijelić Case*에서 각 재판소는 인권조약의 자동승계를 지지하는 듯한 판결을 내려 국제사회의 큰 관심을 받았다. 따라서 해당 사건들의 사실관계 및 판결 내용을 보다 상세히 검토하고자 한다.

I. *Čelebići Case*²⁶⁹

ICTY는 1991년 1월 이래로 구 유고슬라비아 영토에서 발생한 국제인도법의 심각한 위반 행위에 대한 개인의 형사책임을 묻기 위해 UN 헌장 제7장의 강제조치에 따라 설립되었다.²⁷⁰ ICTY 설립 헌장 제2조와 제3조는 “제네바 협약²⁷¹에 의해 보호받는 사람에 대

²⁶⁹ *Čelebići Case, Prosecutor v. Delalić et al.*, ICTY Case No. IT-96-21(이후 ‘*Čelebići Case*’로 약칭).

²⁷⁰ 참고: SC Resolution, UN Doc. S/RES/808 (22 February 1993); SC Resolution, UN Doc. S/RES/827 (25 May 1993).

²⁷¹ 무력충돌을 규제하는 대표적 협약인 제네바 총 4개의 협약으로 구성된다(해당 논의에서는 ‘1949년 제네바 협약’이라는 표현을 사용한다): “육전에 있어서의 군대의 부상자 및 병자의 상태 개선에 관한 1949년 8월 12일자 제네바협약(제 1협약)(Geneva Convention for the

한 중대한 위반(Grave breaches of the Geneva Conventions of 1949)”과, “전쟁 법 또는 관습에 대한 위반(Violations of the laws or customs of war)”을 관할범죄로 각각 규정한다.

해당 사건에서 문제가 된 행위는 보스니아에 소재한 구금 시설인 Čelebići 포로 수용소에서 발생했다. 이 곳에서 발생한 세르비아 국민을 상대로 한 국제인도법 위반에 대해 ICTY 헌장 제2조에 따라 Delalić 외 3명에 대한 공소장이 제출되었다. 이들 중 Esad Landžo와 Hazim Delić은 헌장의 제7조 1항에 따른 개인 형사 책임에 근거하여 기소되었으며, 다른 두 피고인 Zdravko Mucić와 Zejnil Delalić은 헌장 제7조 3항에 따라 그들의 부하가 저지른 범죄에 대한 상관으로서의 책임에 따라 기소되었다.²⁷²

1997년 3월 10일부터 약 19개월 동안 진행된 공판을 거쳐 공판부는(Trial Chamber) Zejnil Delalić을 제외한 세 명에 유죄를 선고했다.²⁷³ 하지만 무죄를 받은 Delalić을 제외한 피고인들은 재판

Amelioration of Condition of the Wounded and Sick Armed Forces in the Field of August 12, 1949) ”, “해상에 있어서의 군대의 부상자, 병자 및 조난자의 상태개선에 관한 1949년 8월 12일자 제네바협약 (제2협약) (Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Sick, Wounded and Shipwrecked Members of Armed Forces at Sea of August 12, 1949) ”, “포로의 대우에 관한 1949년 8월 12일자 제네바협약 (제3협약) (Geneva Convention Relating to the Treatment of the Prisoners of War of August 12, 1949) ”, “전시에 있어서의 민간인의 보호에 관한 1949년 8월 12일자 제네바협약 (제4협약) (Geneva Convention Relating to the Protection of Civilian Persons in Time of War of August 12, 1949) ”. 하지만 비국제적 무력 충돌에 있어선 4개 협약에 공통적으로 포함되어 있는 일명 “공통 제 3조” 만이 적용된다.

²⁷² 검사의 자세한 기소 내용은 *Čelebići Case*, Initial Indictment, ICTY Case No. IT-96-21 (19 March 1996)을 참고하라. 하지만 재판이 진행되면서 49개의 항목이 기소 항목으로부터 삭제되었다.

²⁷³ 자세한 재판 결과는 다음에서 확인할 수 있다. *Čelebići Case*,

결과에 불복하여 상소를 제기했으며, 검사 측 역시 Delalić의 무죄 판결과 관련하여 상소를 제기했다.²⁷⁴

특히 Delić의 주장은 다자 조약의 승계 문제와 밀접한 관련이 있었다. 그는 문제가 된 사건이 발생하기 이전까지만 해도 보스니아는 1949년 제네바 협약의 당사국이 아니었으므로, 보스니아가 동 협약에 가입한 1992년 12월 31일 이전에 발생한 행위에 대해서는 동 협약의 중대한 위반이라는 죄목으로 기소될 수 없다고 주장했다. 또한 동 협약은 국제관습법이 아니므로, 보스니아가 해당 협약에 가입하기 이전에 발생한 사건에 해당 협약을 적용하는 것은 명확성의 원칙(principle of legality) 또는 죄형법정주의(*nullum crimen sine lege*)에 위배된다고 주장했다.²⁷⁵

하지만 상소부는 이 같은 Delalić의 입장을 인정하지 않았다. 우선, 상소부는 보스니아가 1992년 12월 31일에 1949년 제네바 협약에 대한 승계 통고를 해당 협약의 기탁처인 스위스 연방 평의회에 하였으며, 스위스 연방 평의회가 국제 관행에 따라 보스니아의 독립 시점인 1992년 3월 6일로 해당 승계의 소급효를 명시했음을 언급했다.²⁷⁶ 따라서, Delalić측이 이러한 승계를 가입으로 해석한 것

Trial Chamber Judgment, ICTY Case No. IT-96-21-T (16 November 1998).

²⁷⁴ 이들의 상소 절차 및 상소 이유(Grounds of Appeal) 등에 대한 보다 자세한 정보는 다음에서 확인할 수 있다. *Čelebići Case*, Appeals Chamber Judgment ICTY Case No. IT-96-21-A (20 February 2001), Annex A.

²⁷⁵ *Ibid.*, p. 31, para. 107.

²⁷⁶ Federal Department of Foreign Affairs, Communication to the Governments of the States parties to the Geneva Conventions of 12 August 1949 for the Protection of War Victims, Continuity by the Russian Federation (Berne, 17 February 1993).

https://www.eda.admin.ch/content/dam/eda/fr/documents/aussenpolitik/voelkerrecht/geneve/930217_1-GENEVE_e.pdf (최종 접속 2017. 07. 20).

은 혼돈인 듯 하다고 덧붙였다.²⁷⁷

또한, 비록 1978년 비엔나 협약 제23조 2항이 승계 통고의 소급효를 인정하지 않지만, 이러한 유형의 협약에 있어서는 해당 규정이 적용될 수 없다고 설시 했다. 즉, 이러한 유형의 협약이 자동승계를 수반하므로, 공식 승계 행위 없이도 국제관습법에 따라 제네바 협약을 승계한다고 판시했다. 재판부는 국제법상 기본적 인권을 표현하는 보편적 성격의 조약의 경우 자동승계가 존재하는 것으로 여겨질 수 있다고(may be now considered) 덧붙였다. 따라서 제네바 협약이 이러한 성격의 협약임에는 의심의 여지가 없으므로 제네바 협약 상의 보호의 공백이 있을 수 없다고 판결했다.²⁷⁸

이 같은 상소부의 판결은 인권조약의 자동승계를 지지하는 판결로 인용된다. *Bosnian Genocide Case*의 선결적 항변 판결 이후 등장한 해당 사건은, ICJ가 판단을 회피한 상황에서 인권조약 자동승계의 향후 확립가능성에 대한 긍정적 역할을 할 것으로 기대된다. 또한, 앞서 제시되었던 학계 및 인권 기구들의 주장에 비해 인권조약 자동승계의 확립 여부에 대한 보다 권위 있는 근거로서, 관련 사법 판결의 경향성의 변화를 보여주는 것으로 해석된다.

물론 상소부의 판결문이 내포하는 한계도 확인할 수 있다. 상소

²⁷⁷ *Čelebići Case*, Appeals Chamber Judgment, ICTY Case No. IT-96-21-A (20 February 2001), pp. 31-2, paras. 109-10.

²⁷⁸ Ibid., pp. 32-3, paras. 111-4.

해당 부분 원문은 다음과 같다.

“Bosnia and Herzegovina would in any event have succeeded to the Geneva Conventions under customary law, as this type of convention entails automatic succession, i.e., without the need for any formal confirmation of adherence by the successor State. It may be now considered in international law that there is automatic State succession to multilateral humanitarian treaties in the broad sense, i.e., treaties of universal character which express fundamental human rights.”

부는 국제관습법상 이러한 종류의 협약이 자동승계를 수반한다고
설시한 후, 바로 다음 문장에서 “자동승계가 있는 것으로 생각될 수
있다(may be now considered)”라는 다소 후퇴적인 어감의 표현을
쓰고 있다. 또한, 해당 원칙을 둘러싼 첨예한 찬반 논쟁이 있음에도
불구하고, 관련 논의에 대한 상세한 언급이 부재하다.

또한, 상소부는 *Bosnian Genocide Case*에서의 보스니아의 주
장을 예로 들며, 보스니아가 ICJ에서 해당 원칙을 인정한 것은 주목
할 만 하다(noteworthy)고 덧붙이고 있다.²⁷⁹ 하지만, 이미 ICJ가
회피한 바 있는 원칙에 대한 확립여부를 지지함에 있어, 사건의 당
사자가 재판과정에서 주장한 바를 그 근거로 삼는 것이 충분한 논
리적 기반이 될 수 있을지 의문이다.

이 외에도 판결문이 인용하는 근거는 유엔 인권 위원회와 HRC
의 결의 및 *Bosnian Genocide Case*에서의 Weeramantry 판사의
개별 의견이다. 하지만 앞서 언급한 바와 같이 유엔 인권 위원회의
결의는 국가들의 인권조약 승계를 촉구한다는 점에서 엄밀한 의미
에서의 자동승계 주장과는 다소 거리가 있었다. HRC의 견해는 보다
정확하게 인권조약 자동승계를 지지했지만, HRC가 관련 국제법을
확인하는 권한을 가진다고 보기 어려울 것이다.²⁸⁰ Weeramantry
판사 의견 역시 인권조약의 자동승계를 지지하는 견해의 하나로 해
석하는 것이 합리적일 것이다. 따라서, 해당 판결문이 의존하는 근
거들이 엄격한 검토를 거친 것인지에 대한 아쉬움이 남는다.

²⁷⁹ *Čelebići Case*, Appeals Chamber Judgment, ICTY Case No.
IT-96-21-A (20 February 2001), p. 31, para. 111.

²⁸⁰ 보다 자세한 내용은 ‘제3장 자동승계’ 중 ‘제3절 인권 조약 자
동승계’의 ‘II. 유엔 기구 의견’을 참고하라.

II. *Bijelić Case*²⁸¹

이후 구유고의 해체에 따른 조약 승계 문제는 ECHR에서도 문제가 되었다. ECHR은 인권 및 기본적 자유의 보호에 관한 인권 협약(Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms: 유럽 인권 협약)²⁸²상 보장된 권리 및 자유에 대한 위반을 재판하는 곳으로, 유럽 인권 협약과 관련 의정서의 해석 및 적용에 관한 모든 문제가 관할 대상이다 (유럽 인권 협약 제32조 1항). 또한, 동 협약 당사국이 동 협약상 규정을 위반하여 개인의 권리 및 자유가 침해 당한 경우, 해당 개인은 ECHR에 직접 제소할 수 있다.²⁸³

해당 사건은 세 명의 세르비아인(Nadezda Bijelić, Svetlana Bijelić, Ljiljana Bijelić)에 의해 제기된 소송이다. 1989년 첫째 청구인인 Nadezda Bijelić은 남편과 이혼했으며, 이후 두 다른 청구인인 두 자녀에 대한 양육권을 가졌다. 1994년 1월 26일 몬테네그로의 1심법원인 *Osnovni sud u Podgorici*는 첫째 청구인이 몬테네그로에 소재한 가족의 집에 대한 유일한 임차인(holder of tenancy)임을 선언하였고, 그녀의 전 남편에게 해당 결정이 최종 판결이 된 시점으로부터 15일 이내에 집을 비우도록 명령했다. 해당 판결은 1994년 4월 27일 최고법원(*Všri sud u Podgorici*)에 의해 최종 판

²⁸¹ *Case of Bijelić v. Montenegro and Serbia*, ECHR Application No. 11890/05 (이후 ‘*Bijelić Case*’로 약칭).

²⁸² 유럽 인권 협약은 1950년 11월 4일 로마에서 채택되었으며, 1953년 9월 3일 발효하였다. 해당 협약은 총 14개의 의정서에 의해 보충되며, 2013년 제15 및 제16 의정서가 채택되었으나 아직 발효하지 않았다 (<http://www.echr.coe.int/pages/home.aspx?p=basictexts> 참고 (최종 접속 2017. 07. 19)).

²⁸³ 이석용 외, 『국제인권법』 (세창출판사, 2005), 255쪽.

결로 확인되었다.²⁸⁴

하지만 문제는 해당 판결의 이행에 있었다. 피고는 계속해서 집을 비우지 않았으며, 계속된 퇴거 시도는 해당 건물을 폭파시키겠다는 등의 전남편의 반복된 위협으로 인해 실패하였다.²⁸⁵ 이로 인해, 세명의 청구인은 2005년 3월 24일과 2006년 1월 31일 두 차례 신유고 연방을 상대로 유럽 인권 재판소에 소를 제기했다. 그들은, 1994년 1월 26일에 1심법원이 발한 최종 결정의 불 이행과, 이에 따른 원고의 거주 불가는 유럽 인권 협약 제6조 1항 및 제8조와 제1의정서의 제1조 위반이라고 주장했다.²⁸⁶

이 같은 청구에 있어 재판소가 다뤄야 했던 주요 문제는 몬테네그로의 분리가 해당 협약의 당사국 지위에 미치는 영향이었다. 신유고 연방은 2003년 12월 26일 유럽 인권 협약을 비준하였으며, 이는 2004년 3월 3일자로 세르비아와 몬테네그로의 영토에 발효하였다. 이후 2006년 6월 3일 몬테네그로가 독립을 선언하였고, 이후 유럽 평화회 각료 이사회는 몬테네그로 공화국이 2006년 6월 6일부로 동 협약 및 관련 의정서의 당사국으로 여겨진다는 결의를 채택했다.²⁸⁷

따라서 동 협약 및 관련 의정서가 신유고 연방에 발효한 시점부터(2004년 3월 3일), 몬테네그로가 독립하여 당사국으로 여겨진 시점(2006년 6월 6일) 사이에 공백에 있어 몬테네그로가 동 협약 및 관련 의정서 위반에 책임이 있는지가 쟁점이었다. 이를 해결함에 있어 재판소는 인권조약 자동승계에 의존하였다. 재판소는 “규약에 규정된 권리는 영토에 거주하는 주민에 속하므로 일단 사람에게 규약에 따른 권리의 보호가 부여되면 이러한 보호는 영토에 부착되어

²⁸⁴ *Case of Bijelić*, ECHR Application No. 11890/05, Judgment (28 April 2009), pp. 1–2.

²⁸⁵ *Ibid.*, pp. 3–4.

²⁸⁶ *Ibid.*, p. 9.

²⁸⁷ Council of Europe Committee of Ministers, Resolution Doc. CM/Res (2007) 7 (9 May 2007).

사람들에게 계속 속한다는” HRC의 일반 논평 제26호를 인용하며, 동 협약과 제1의정서는 2004년 3월 3일부로 몬테네그로에 계속 적용되는 것으로 간주되어야 한다고 생각한다고 실시했다.²⁸⁸ 또한, 관련 불이행이 순전히 몬테네그로 당국의 권한 하에서 발생하였으므로, 해당 청구는 동 협약 및 관련 의정서 규정에 인적으로(*ratione personae*) 부합한다고 덧붙였다.²⁸⁹

결과적으로 재판소는 유럽 인권 협약과 제1의정서는 인권조약 자동승계 원칙에 따라 국가승계 시점과 상관없이 계속 적용된다는 입장을 개진했다. 유럽 인권 협약은 ICCPR과 유사하게, 주로 시민적 및 정치적 권리를 규정하며,²⁹⁰ 유럽 인권 협약의 인권 구제 절차는 ICCPR에 비해 더 효율적인 것으로 평가된다.²⁹¹ 따라서 유럽 인권 협약이 인권조약의 자동승계론에서 주로 거론되는 주요 인권

²⁸⁸ *Case of Bijelić*, ECHR Application No. 11890/05, Judgment (28 April 2009), p. 12, para. 69.

해당 부분 원문은 다음과 같다.

“as well as the principle that fundamental rights protected by international human rights treaties should indeed belong to individuals living in the territory of the State party concerned, notwithstanding its subsequent dissolution or succession (see, *mutatis mutandis*, paragraph 58 above), the Court considers that both the Convention and Protocol No. 1 should be deemed as having continuously been in force in respect of Montenegro as of 3 March 2004, between 3 March 2004 and 5 June 2006 as well as thereafter ….”

²⁸⁹ *Ibid.*, p. 12, para. 70.

²⁹⁰ 유럽 인권 협약의 성안 과정에서 ICCPR의 초안이 참고 되었다는 점은 두 국제 협약의 유사성을 보여준다. 하지만, 국민의 자결권 및 소수자 권리, 권리의 제한 및 유보에 대한 접근방식 등 많은 차이점 또한 가지고 있다. 이에 대한 보다 자세한 설명은 다음을 참고하라. (박찬운, 『국제인권법』 (한울, 1999), 134쪽.)

²⁹¹ 이석용 외, *supra* note 283, 245-6쪽.

조약인지에 대해선 큰 반론이 제기되지 않을 것이다.

해당 판결은 *Croatian Genocide Case*의 선결적 항변 판결 이후에 등장한 것으로, ICJ의 거듭된 회피에도 불구하고 인권조약 자동승계 지지 입장을 표명했다는 점에서 매우 의미 있을 것이다. 물론, 앞선 *Čelebići Case*와 유사하게, 인용하고 있는 HRC의 견해가 이를 뒷받침하는 근거로서 신뢰할 만한 효력이 있는지에 대해선 의심의 여지가 있을 것이다. 하지만, *Čelebići Case*에 이어 유럽의 인권 보호 체제의 핵심적 역할을 수행하는 ECHR에서 등장한 유사한 판결을 간과하기란 쉽지 않다. 물론, ICTY와 ECHR은 그 설립 목적 자체가 개인의 권리 침해에 대한 처벌과 피해자의 권리 구제와 밀접한 연관성을 가진다. 따라서, 이러한 재판소의 성격이 곧 이 같은 판결에 영향을 주었다는 설명도 가능할 것이다. 그럼에도 불구하고, 이 같은 두 판결의 등장이 향후 인권조약의 자동승계의 확립 가능성에 긍정적 역할을 함은 분명해 보인다.

제 5 절 소 결

유고슬라비아의 해체라는 맥락 속에서 발생한 국가승계 관련 사건들은 인권조약 자동승계를 포함하는 조약승계 논점들과 신유고의 유엔 회원 지위 등을 포함하여 매우 복잡한 양상으로 전개되었다. 양 당사자의 밀도 있는 주장들은 관련 내용을 심도 있게 검토하는 데 도움을 주기에 충분했다. 하지만 아쉽게도 재판소는 이에 대한 명쾌한 해답을 주지 않고 회피하는 모습을 보였으며, 이러한 재판소의 태도는 해당 분야의 법리가 여전히 미결임을 암시하는 듯했다.

하지만, 이를 지지하는 상당 수의 입장이 개진되었음을 고려할 때, 향후 해당 원칙의 확립 가능성도 결코 무시할 수 없을 것이다. 특히, ICTY와 ECHR은 판결에서 인권조약의 자동승계를 명시적으로 지지하였다. 정밀한 검토의 부족 등 두 판례가 가지는 한계도 분

명했지만, 해당 원칙의 발전가능성을 충분히 보여준 듯 하다.

하지만 이 같은 차후의 발전 가능성을 염두에 두더라도, 인권조약 자동승계 담론이 극복해야 하는 한계는 상당해 보인다. 특히, 자동승계의 대상, 보편성 및 특별한 성격의 의미, ‘실질적’ 및 ‘절차적’ 구분 등 쉽게 답을 제시할 수 없는 다수의 쟁점들을 검토하였다. 또한, 인권조약이라는 이유로 해당 조약이 *계약적으로* 신생국을 구속할 수 있을지, 가능하다면 이를 담보할 법적 근거는 무엇인지의 문제들은 여전히 해결되지 않은 듯 하다.

이제 마지막으로 인권조약승계와 관련한 국가 실행을 검토할 것이다. 앞서 살펴본 바와 같이 인권조약 자동승계 이론은 학계에서도 다양한 주장이 대립되며, ICJ도 이에 대한 판단을 회피한 바이다. 따라서 해당 원칙이 확립되었는지의 문제는 국가실행에 대한 평가를 반드시 수반할 것이다.

제 5 장 국가 실행

국가승계의 문제를 포함하는 국가의 탄생과 소멸의 희귀성은 이러한 실행들의 중요성과 직결된다. 19세기 초의 라틴 아메리카 국가들의 등장, 제1차 세계대전 이후 동유럽 국가들의 등장, 1960년대의 탈 식민화, 1990년대의 소련과 유고슬라비아 해체 등의 굵직한 사례를 제외하면 상당 기간 동안 국가승계는 거의 발생하지 않았다. 따라서 각자의 다양한 정치적 맥락 속에서 발생하는 모든 개별 사건이 유의미하며, 이 같은 실행 분석은 인권조약 자동승계 원칙의 확립여부를 파악하기 위한 필수 과정 중 하나일 것이다.²⁹²

²⁹² Mullerson, Rein, “New Developments in the Former USSR and Yugoslavia”, *Virginia Journal of International Law*, Vol. 33 (1992-3), p. 299.

하지만, 사례의 회소성에도 불구하고, 연구의 목적에 맞게 대상이 되는 사례를 시간적으로 제한하는 것이 필요하다. 특히, 제2차 세계대전 이전의 국가실행은 본 연구에 주는 함의가 매우 적을 것이다. 이는 본 연구가 주목하는 인권조약, 더 나아가 그 토대를 이루는 입법조약 및 보편적 조약에 대한 논의가 제2차 세계대전 이후 재편되는 국제질서 속에서 활발하게 진행되었기 때문이다.

또한, 탈식민화 과정에서 등장한 신생독립국의 사례는 국가승계법의 일반원칙을 도출하기에 무리가 있다. 신생독립국은 1960년대부터 등장한 탈식민화 과정 속에서 민족자결원칙에 대한 강조와 함께 백지출발주의에 가까운 일종의 특혜를 받은 사례이기 때문이다. 뿐만 아니라, 탈식민화는 이미 종료된 국제정치적 흐름이므로, 이에 기반하여 원칙을 도출해도 추후의 국가승계를 규율하는 원칙으로 적용되기 매우 어려울 것이다.

따라서 본 장에서는 90년대 이후로 등장한 국가승계 사례들을 분석하여, 이른바 인권조약들이 자동승계 되었는지를 판단해보고자 한다. 1978년 협약이 기존의 사안들을 배경으로 하여 작성되었던 만큼, 이 협약이 제시하는 원칙이 90년대 이후 실행들과 부합하는지 여부를 확인하는 것도 매우 흥미로울 것이다. 또한, 앞서 인권조약 자동승계 지지 견해의 상당 수가 국가 실행을 활발하게 근거로 활용했던 만큼, 해당 장에는 이에 대한 평가도 포함될 것이다.

제 1 절 독일 통일

독일의 통일 사례를 검토하기에 앞서, 승계 유형으로서의 국가통합의 특징을 다시 한번 언급하고자 한다. 1978년 비엔나 협약은 국가통합의 경우 별도의 합의가 없다면 선행국에 발효하던 조약은 기존 적용지역에 계속 적용되는 것을 원칙으로 한다. 이는 승계국에

의한 기존 조약관계의 자의적 종료를 방지함으로써 국제질서의 안정성을 확보하려는 ILC의 의도로 파악된다.²⁹³

하지만, 국가 통합은 그 어느 승계 유형보다 비엔나 협약 상 원칙이 적용되지 않는 유형으로 꼽힌다. 특히 통합의 경우, 통합된 지역이 새로운 국가 내에서 갖는 독자성의 정도가 선행국의 조약 승계에 영향을 준다는 평가가 있는 만큼, 통합의 세부적인 양상에 대한 분석이 필요하다. 즉, Aust가 지적한 바와 같이, 두 국가의 진정한 연합과 흡수 통합은 구분되어야 하며, 전자와 후자가 동일한 승계 결과를 가져온다고 볼 수 없다.²⁹⁴ 후자의 경우 1978년 비엔나 협약이 규정하는 ‘영토의 일부 이전’ 상황에 적용되는 원칙과 마찬가지로, 흡수된 국가의 조약관계는 소멸할 가능성이 큰 것이다.

따라서, 동독이 서독에 흡수 통합된 독일의 경우 조약승계의 문제가 제기될 가능성이 적었다.²⁹⁵ 독일의 통일은 1990년 10월 3일 발생했으며, 이를 동독의 서독으로의 자발적 편입(voluntary incorporation)으로 보는 시각이 일반적이다.²⁹⁶ 통일 이후의 독일은 서독과 동일한 법인격의 국가로 인정되었으며, 따라서 명백한 의미에서의 국가승계는 동독의 법인격 소멸에 따른 결과에 국한되었다. 그 결과 독일의 실행은 비엔나 협약 상의 분류에 따른 계속적 원칙의 적용이 아니라, 오히려 조약경계이동 원칙을 따르는 듯 했다.²⁹⁷

독일은 1990년 8월 1일 체결된 통일 조약(Unification Treaty)에 기반하여 통일 이후 발생할 다양한 문제들을 해결하고자 하였고, 여기에는 동독의 다자조약을 포함하는 조약

²⁹³ 정인섭, *supra* note 29, 343쪽.

²⁹⁴ 관련 논의는 각주 37에 보다 자세히 언급되어 있다.

²⁹⁵ 신용호, “독일 통일과 조약의 국가승계”, *비교법학*, 제8집(2008), 26-7쪽.

²⁹⁶ 참고: Lee, Keun-Gwan, *supra* note 14, pp. 83-5.

²⁹⁷ 이진규, “남북한 통일 시 조약승계에 관한 국제법적 고찰”, *법학논총*, 제39권 제1호 (2015), 346-9쪽.

관계 처리에 대한 내용도 포함되어 있었다.²⁹⁸ 통일 조약 제12조 3항은 다음과 같이 규정한다.

“서독이 아닌, 동독만 당사국이었던 국제기구 또는 다자조약에 통일 독일이 가입하기 위해서는, 각 체약 당사국들과, EC의 권한이 영향을 받는 경우에는 EC와 합의에 도달해야 한다.”

가입이라는 문구에서 보여지듯, 이는 동독의 다자조약 및 국제기구 회원 지위의 소멸을 전제로 하는 것으로, 1978년 비엔나 협약 제31조에 규정된 내용과는 상당히 달랐다.²⁹⁹

실제 다자 인권조약의 처리 현황 역시 서독의 계속성과, 동독의 소멸을 보여준다. 유엔사무총장이 기탁기능을 담당하는 인권조약 중 두 국가 모두 가입했던 제노사이드 협약, ICERD, ICESCR, CEDAW의 경우, 서독의 가입시기가 통일 독일의 가입시기로 표기되었다. 동 협약의 기탁기능을 담당하는 유엔 사무총장은 동독의 서독으로의 가입(accession)을 통해, 두 독일이 하나의 주권 국가로 통합되었으며, 통일시점부터 서독이 “독일”이라는 명칭으로 유엔에서 활동한다고 설명했다.³⁰⁰

²⁹⁸ Aust는 해당 조약의 당사자가 아닌 다른 국가들도 대부분 묵시적으로 이를 수용했다고 설명한다. (Aust, Anthony, *supra* note 37, p. 326).

²⁹⁹ 이근관은 이 같은 동독 조약 소멸에 있어, 동독만이 회원국이었던 다자조약 또는 기구의 경우 대부분 경제상호원조회의(Council for Mutual Economic Assistance) 또는 바르샤바 조약기구(Warsaw Pact Organisation)와 관련성이 있었기 때문이라고 설명한다. 즉, 서독의 국제 의무와 양립할 수 없거나 더 이상 쓸모 없는 조약 또는 기구가 다수를 이루었던 것이다. (Lee, Keun-Gwan, *supra* note 14, p. 99.)

³⁰⁰ Committee on the Rights of the Child, Reservations, Declarations and Objections relating to the Convention of the Rights of the Child: Note by the Secretary-General, UN. Doc. CRC/C/2/Rev.3 (11 July 1994), p. 6.

통일 전 동독이 당사국인 인권 및 난민조약 중 서독이 당사국이 아닌 조약은 ‘전쟁범죄 및 인도에 반하는 죄에 대한 공소시효 부적용에 관한 협약(Convention on the non-applicability of statutory limitations to war crimes and crimes against humanity: 공소시효 부적용 협약)’³⁰¹, ‘아파르트헤이트 범죄의 진압 및 처벌을 위한 국제협약(International Convention on the Suppression and Punishment of the Crime of Apartheid: 아파르트헤이트 협약)’³⁰², ‘스포츠 아파르트헤이트 방지 국제협약(International Convention against Apartheid in Sports: 스포츠 아파르트헤이트 협약)’³⁰³ 이 있었다. 1978년 비엔나 협약에 따르면 이들 역시 일부 예외를 제외하고는 통일 독일에 적용되어야 한다.

하지만, 이들은 통일 후 동독 영토에의 적용이 중단되었다. 통일 독일은 이후에도 이들 조약에 가입하지 않으므로, 해당 협약들은 독일 영토에 지금까지 적용되지 않고 있다. 예외로 통일 전 동독이 당사국이었던 ‘고문 방지 협약(Convention Against Torture: CAT)’에 통일독일이 가입했지만, 이는 서독이 통일 전 이미 해당 협약에 서명했음에 기인하는 것으로 보인다. 통독의 비준 시기 역시 통일 직후였다.³⁰⁴

추가로, 서독을 제외한 동독만이 가입했던 사례로 ILO협약들을 수 있다. 물론 이들 협약이 자동승계의 논의 대상이 되는 핵심 인권조약으로 인정될지는 의문의 여지가 있을 것이다. 분명한 것은 이들 역시 통일 독일에 자동 적용되지 않았다는 점이다. 통일 후

³⁰¹ 동독은 1973년 3월 27일 가입했다. (본 장에서 언급되는 조약 가입 시기 및 처리 현황에 대한 정보는 ‘UN Treaty Collection’ 사이트에서 확인할 수 있다.
<https://treaties.un.org/pages/ParticipationStatus.aspx?clang=en>

³⁰² 동독은 1974년 5월 2일 서명하고, 1974년 8월 12일 비준했다.

³⁰³ 동독은 1986년 5월 16일 서명하고, 1986년 9월 15일 비준했다.

³⁰⁴ 서독은 1986년 10월 13일 서명하고, 1990년 10월 1일 비준했다. 동독은 1986년 4월 7일 서명하고, 1987년 9월 9일 비준했다.

ILO 협약들은 서독의 기존 노동법과 양립하지 않는다는 이유로 효력이 중단되었다.

이 같은 실행은 *Croatian Genocide Case*에서의 신유고 주장과 일맥상통하는 부분이다. 앞서 신유고는 동독이 이미 가입했던 CAT와 아파르트헤이트 협약의 예를 들며, 구유고의 조약 의무는 사라졌으며, 통일 독일은 구유고가 가입했던 조약에 자동적으로 구속되지 않는 모습을 보였다고 평가했다.³⁰⁵ 실제로 인권조약의 자동승계를 주장하는 다양한 견해들이 국가실행을 예로 들고 있지만, 독일 통일의 사례는 해당 신유고의 주장을 제외하고는 거의 언급되지 않았다. 대부분이 소련 및 유고슬라비아 사례를 중심으로 홍콩과 체코슬로바키아 실행을 일부 다루었을 뿐이다.³⁰⁶ 짐작하건대, 이는 독일 통일의 사례가 인권조약의 자동승계 지지 근거로 해석될 가능성이 낮음에 기인하는 듯 하다.

결과적으로, 통일 독일은 서독과의 계속성 속에서 편입된 동독의 조약관계를 원칙적으로 무효화하는 정책을 선택했다. 인권조약의 경우에도, 인권조약이라는 이유로 동독 조약의 소멸이라는 일반 정책과는 구분되는 ‘특별한 대우’를 받았다고 보기 어려웠다. 또한, 동독이 서독에 흡수되어 그 조약관계가 사실상 소멸하는 경우라면 인권조약 역시 그 효력이 중단됨이 사실상 자연스러워 보인다.

앞서 언급한 바와 같이, 국가 통합은 1978년 비엔나 협약이 규정하는 기존 조약의 계속 원칙이 기계적으로 적용되기 어려운 상황이다. 따라서 개별 통합 사례에 대한 고찰이 필요하며, 이는 인권조약의 계속 적용에도 많은 시사점을 줄 수 있을 것이다. 해당 독일 사례는 한 선행국의 법인격이 완전히 흡수 소멸되었다. 물론, 인권조약의 자동승계 주장에 따르면, *승계의 유형과 상관 없이* 인권조약

³⁰⁵ *Croatian Genocide Case*, Preliminary Objections of the FRY, pp. 62-3, paras. 3.68-9.

³⁰⁶ Kamminga, Menno T., *supra* note 6. p. 482-3; Mullerson, Rein, *supra* note 4, pp. 489-90; *Bosnian Genocide Case*, Preliminary Objections of the FRY, 26 June 1995, pp. 120-2, paras. B.1.4.3-6.

이라는 이유로 자동승계 되어야 할 것이다. 하지만, 이 같이 선행국의 법인격이 완전히 흡수 소멸되는 경우에도 인권조약 자동승계의 원칙이 실제로 고수될 수 있을지 의문이 남는다.

이 외에도 두 정치체제가 하나로 통합되는 양상을 떨 수 있다. 이 같은 경우 흡수 통합에 비해 선행국의 조약 관계가 계속 적용될 가능성이 높을 것이며, 이는 1978년 비엔나 협약 제31조가 규정하는 원칙과도 부합한다. 하지만 동 협약 상 원칙은 근본적 한계를 내포한다. 즉, 두 국가가 통합해서 한 국가를 이루었음에도 불구하고 각 국가에 적용되던 조약이 그대로 적용된다면, 이는 국가통합의 목표에도 부합하지 않을 뿐 아니라, 통합된 국가의 법질서에 혼란을 가져올 것이다.

이는 인권조약의 경우에도 동일하게 예상되는 한계이다. 특히 인권조약 자동승계의 경우 이전에 가입한 인권조약이 해당 영토에 거주하는 개인에게 부착된다는 논리를 제시한다. 그렇다면, 서로 다른 국가로부터 온 개인들은 각기 다른 권리를 부여 받는다는 등의 작위적인 해석이 등장할 가능성도 있다. 또한, 두 국가가 통합하여 한 국가를 이루었음에도 불구하고 양 지역에 적용되던 인권조약이 그대로 적용된다면, 이는 많은 문제를 양산할 것이다. 또한, 통합된 국가가 승계해야 하는 조약의 범위와 관련해서도 명확한 답이 확인되지 않는다.³⁰⁷

특히 국가 통합은, 향후 남한과 북한의 통일을 예상할 때 보다 실제적 검토가 필요한 유형이다. 그럼에도 불구하고, 앞서 언급한 다양한 한계가 확인된다. 따라서 인권조약 자동승계가 국가 통합 사례에 어떻게 적용될 수 있을지에 대한 심도 있는 논의가 요청된다.

³⁰⁷ 만약 ‘가’ 국이 A, B 조약의 당사국이고, ‘나’ 국이 B, C 조약의 당사국이라 했을 때, ‘가’ 국과 ‘나’ 국이 통합해 탄생한 ‘다’ 국은 A, B, C 조약 전체를 승계해야 하는지, 또는 B 조약만 승계해야 하는지 등의 상황을 상정해 볼 수 있다.

제 2 절 소련 분리³⁰⁸

다음은 국가분리의 사례이다. 1978년 비엔나 협약 상 국가분리는 통합의 사례와 마찬가지로 일부 예외를 제외하고는 보편적 승계 이론이 적용된다.³⁰⁹ 비엔나 협약 상 핵심 원칙은 기존에 적용되던 조약 효력의 현상유지로 파악된다. 하지만 기존 국가에서 독자적 법인격으로 독립한 신생국이 이러한 계속 적용 원칙에 입각하여 선행국의 조약을 모두 승계할 것이라고는 단언할 수 없을 것이다. 따라서 관련국 합의 등을 포함한 예외 상황이 빈번히 확인되지 않을까 추측한다.

I. 소련과 러시아의 동일성

소련 결성의 역사는 1922년으로 거슬러 올라간다. 12월 30일의 소비에트 대회에서 러시아 소비에트 연방 사회주의 공화국, 벨로루시 소비에트 사회주의 공화국, 우크라이나 소비에트 사회주의 공화국, 자카프카스 소비에트 연방 사회주의 공화국이 연합하여 소비

³⁰⁸ 이러한 표현은 언뜻 소련 자체가 다른 국가로부터 독립했다는 인상을 주기 쉽지만, 본 논의에서는 소련을 구성하는 공화국들의 분리를 지칭한다. 특히 국가승계법상 ‘해체’와 구분하기 위해 ‘분리’라는 표현을 사용했다.

³⁰⁹ 예외로는 관련국들이 달리 합의하는 경우 (제31조 2항 (a)), 또는 승계국에 대한 적용이 조약의 대상 및 목적과 양립할 수 없거나 또는 그 운영 조건을 근본적으로 변경시킬 것으로 조약상 나타나거나 또는 달리 확립된 경우 (제31조 2항 (b))가 명시되어 있다.

에트 사회주의 공화국 연방의 성립을 선언하였다.³¹⁰ 이후 다른 공화국들이 소련연방에 편입되어, 총 15개 공화국으로 구성된 큰 연방을 형성하였다.

그렇게 형성된 소련은 세계 최초의 공산주의 국가이자 미국과의 양극체제를 주도한 초강대국으로서 세계사의 한 획을 그으며 국제정치를 주도하였다. 그러던 중 냉전 종식이라는 정세의 변화는 소련 70년 역사의 마침표로 이어졌다. 1991년 12월 22일, 러시아, 우크라이나, 벨로루시 대통령은 비밀리에 모여 소련을 해산하고, 이를 느슨하고 자발적인 형태인 독립 국가 연합(Commonwealth of Independent States: CIS)으로 변환하기로 결정했다.

소련 사안에 있어 주요한 쟁점은 이를 소련의 ‘해체 또는 해산(dissolution)’으로 볼 것 인가 또는 계속해서 존재하는 기존 국가로부터의 ‘분리(separation, secession)’로 볼 것인지의 문제였다. 앞서 구유고 사례에서 검토한 바와 같이, 국가승계 실행을 검토함에 있어 우선적으로 확인되어야 하는 쟁점은 동일성 및 계속성과 국가승계와의 구분이다. 특히나 이러한 구분은 국가승계 분야가 기본적으로 불확실함을 고려할 때, 그 복잡성을 가중시키지 않기 위해 선결적으로 다루어져야 한다. Crawford는 ‘동일한’ 국가가 정부, 영토, 또는 국민의 급격한 변화에도 불구하고 계속해서 존재하는 상황과, 한 국가가 다른 국가의 영토 및 국민을 대체한 경우를 구분해야 한다고 설명하면서, 국가승계 법은 이러한 구분에 입각했음을 강조하였다.³¹¹

소련의 경우 해체와 분리를 구분하는 핵심 잣대는 소련의 중추 국가라고 할 수 있는 러시아가 소련과 동일한 국가로 남느냐의 문

³¹⁰ Towster, Julian, *Political Power in the U.S.S.R., 1917-1947: The Theory and Structure of Government in the Soviet State* (Oxford Univ. Press, 1948), p. 106

³¹¹ Crawford, James, *The Creation of States in International Law*, 2nd ed. (Oxford University Press, 2006), pp. 667-8.

제였다.³¹² 실제로 이를 둘러싼 상당한 찬반 견해가 제기되었다. 하지만, 러시아와 소련을 동일한 국가로 인정하는 입장이 최종적으로 수락되었으며, 소련의 법적 의무 및 권리와 조약관계 전체에 대한 책임은 러시아로 이어졌다.³¹³ 보다 구체적으로, 러시아는 1991년 12월 24일 사무총장에게 소련의 유엔 회원국 지위는 러시아 연방(Russian Federation)에 의해 계속되며, 소련의 모든 현장과 사무총장에 기탁된 다자조약 상 권리 및 의무를 부담할 것과, ‘러시아 연방’이라는 명칭이 유엔에서 ‘소련’을 대체하도록 요청했다.³¹⁴ 인권조약 측면에서도, 유엔 사무총장이 기탁처인 조약관계가 소련에서 러시아에 의해 계속됨이 확인되었으며, 소련이 1954년 5월 10일 가입한 1949년 제네바 협약에 있어서도, 조약관계의 계속을 의

³¹² Mullerson, Rein, *supra* note 292, pp. 302–3.

³¹³ 보다 자세히, Mullerson은 상당 수의 객관적 주관적 요소들이 계속성 이론을 지지한다고 설명했다. 우선, 지형(geography), 인구 구성(demographics), 순전한 크기(sheer size)가 러시아가 소련의 계속임을 보여준다고 주장했다. 소련 해산 이후에도 러시아의 면적은 모든 다른 구 소련 공화국들의 영토를 합친 것보다 컸으며, 14개의 공화국이 분리되었음에도 불구하고, 지형적이고 인구적으로 세계에서 가장 큰 국가 중 하나로 남았기 때문이다. 둘째로, 1917년 이후의 사회주의 러시아, 특히 1922년 이후의 소련은 러시아 제국(Russian empire)의 계속 국가들이었다고 설명했다. 그러한 점에서 현재의 변화는 1917년 혁명 이후에 발생한 변화보다 더 심도 있으며, 사회주의 혁명이 제국의 제국적 성격을 폐지하지 않았다고 주장했다.

주관적 측면에서는, 러시아 스스로 자국을 소련의 계속 국가로 설명했으며, 다른 국가들과 국제기구들이 러시아가 유엔 및 다른 국제기구에서 소련의 회원지위를 계속하도록 수락했다고 언급했다. (Mullerson, Rein, *supra* note 292, pp. 303–5.)

이 외에도 관련부분은 다음을 참고하라. Lee, Keun-Gwan, *supra* note 14, pp. 116–120.

³¹⁴ *Multilateral Treaties Deposited with the Secretary-General: Status as at 31 December 1996*, p. 4, n.9.

미하는 러시아의 입장이 표명되었다.³¹⁵

II. 발트 3국

소련의 분리에 있어 또 다른 난제는 발트 3국의 문제였다. 발트 국가들의 실행은 표면적으로는 국가승계의 유형 중 하나인 국가분리 사례에 해당하는 것으로 보였지만, 이들 국가들은 이러한 평가에 지속적으로 반대했다. 이는 1940년 소련 점령에 대한 비합법성 주장으로부터 시작된다. 실제로 라트비아, 에스토니아, 리투아니아로 구성된 이들 세 국가는 1940년 소련에 의해 점령되었지만, 소련으로의 편입은 적어도 법적으로는(*de jure*) 대부분의 서구 국가들에 의해 인정되지 않았다. 따라서 1990년 3월 11일 리투아니아의 선언으로부터 시작된 발트 3국 독립 움직임은 1940년부터 1990년까지의 소련의 점령을 무효화하고자 하는 움직임이었다.³¹⁶

소련은 무력 대응을 포함하는 강제적 수단으로 이를 억압하고자 했지만, 당시 국제정치 흐름은 이들의 독립을 지원했다. 결국 1991년 1월 12일 러시아와 에스토니아 간에 서로를 국제법상 주체로 인정하는 조약이 체결되었으며,³¹⁷ 이들에 대한 무력 사용을 규

³¹⁵ Federal Department of Foreign Affairs, Communication to the Governments of the States parties to the Geneva Conventions of 12 August 1949 for the Protection of War Victims, Continuity by the Russian Federation (Berne, 7 July 1992).

https://www.eda.admin.ch/content/dam/eda/fr/documents/aussenpolitik/voelkerrecht/geneve/920707_2-GENEVE_e.pdf (최종 접속 2017. 05. 02).

³¹⁶ Mullerson, Rein, *International Law, Rights, and Politics: Developments in Eastern Europe and the CIS* (Routledge, 1994), p. 145.

³¹⁷ The Treaty on Basic Principles of the Inter-state Relations of

탄하는 선언이 통과되었다.³¹⁸ 1991년 8월 이들 국가의 의회들은 그들의 독립이 회복되었음을 선언하였고,³¹⁹ 이들은 1991년 9월 17일 유엔에 동시 가입했다. 이들의 선언은 분리 독립이 아닌, 1940년 잃어버린 주권의 회복 선언이었다.³²⁰

물론 50년전에 존재했던 상황으로의 회복은 논리적으로 납득 가능할지 몰라도 현실적으로는 거의 불가능에 가까웠다. Mullerson은 50년전에 있었던 상황으로의 회복은 새로운 현실과 맞지 않을 수 있으며, 이는 실재라기보다는 법적 환상(more a legal fiction than a reality)이라고 설명했다.³²¹ 1940년 당시의 발트 국가들과 독립을 재 달성한 이후의 발트 국가들 사이에는 사실적 측면에서 상당한 차이가 있음이 분명했으며, 일종의 임시적(intertim) 해결방안이 요구되었다. 따라서 소련의 일부 조약의 경우 계속 적용이 요구되었으며, 그러한 예로 핀란드와 에스토니아는 이전의 핀란드-소련 협정의 일부 규정이 계속 적용되는 것에 합의하였다.³²²

the Russian Soviet Federated Socialist Republic and the Estonian Republic, 12 January 1991, Ginsburgs, G., et al.(eds.), *International and National Law in Russia and Eastern Europe: Essays in Honor of Georges Ginsburgs* (Martinus Nijhoff Publishers, 2001), p. 336, note 99에서 재인용.

³¹⁸ Declaration of the Presidium of the Supreme Soviet of the RSFSR in connection with the situation that has developed in the Baltic republics, 2 *Vedomosti* RSFSR, 1991, item 11, p. 28, Mullerson, Rein, *supra* note 316, p. 145, note 32에서 재인용.

³¹⁹ Riigi Teataja [The State Herald], 1991, No. 25, item 312, Mullerson, Rein, *supra* note 316, p. 145, note 34에서 재인용.

³²⁰ Mullerson, Rein, *supra* note 316, p. 145.

³²¹ *Ibid.*, p. 146.

³²² Finnish Treaty Series 32/1992 and 16/1995, Tarja Långström, “the Dissolution of the Soviet Union in the Light of the 1978 Vienna Convention on Succession of States in Respect of Treaties” , in Eisemann, P.M. and Koskeniemi, M.(eds.), *La succession d’ Etats: la*

이러한 현실적 한계에도 불구하고, 발트 3국은 1940년 이전에 적용되던 헌법 규정들을 복구하고, 소련이 대신 체결한 조약의 효력을 중단하며, 1940년 이전에 존재했던 조약관계의 재활성화(revitalization)를 추구하는 등 ‘복귀한 국가’로서의 활동을 활발히 했다. 또한, 제3국 역시 이들 입장을 어느 정도의 수락한 것으로 보였다.³²³ 한 예로 1991년 8월 27일에 열린 Extraordinary Ministerial Meeting에서 EC는 1940년에 잃어버린 발트 국가들의 주권과 독립의 회복을 환영하는 성명을 채택했다.³²⁴

따라서 이들의 독립은 국가승계법이 상정하는 범주에 포섭되지 않았으며, 엄격한 의미에서의 조약승계 문제도 발생하지 않았다. 이들은 유엔 사무총장에 소련이 가입했던 조약에 당사자로 여기지 않는다는 취지의 선언을 통고하였으며,³²⁵ 인권조약을 포함한 다양한 조약에 새롭게 가입하였다.

III. 독립 국가 연합

앞서 살펴본 바와 같이 소련 분리에서 러시아와 발트 3국은 엄밀한 의미에서의 국가승계사례는 아니라고 할 수 있다. 따라서 남은 국가들만이 소련의 국제관계에서의 책임을 대체하는 진정한 의미의 승계국들로 분류되었으며, 이들은 CIS 구성국들이었다.

codification à l' épreuve des faits/State Succession: Codification Tested Against the Facts, Publications of the Hague Academy of International Law (Martinus Nijhoff Publishers, 2000), p. 732, note 50에서 재인용.

³²³ Craven, Matthew C. R., *supra* note 30, p. 223.

³²⁴ Bulletin of the European Communities, No 7/8 (1991), Vol. 24, p. 115, para. 1.4.23.

³²⁵ Tarja Långström, *supra* note 322, p. 731.

1978년 비엔나 협약에 따르면 분리의 경우 “국가승계일 당시 선행국의 전 영토에 대해 발효 중인 조약은 그렇게 형성된 각 승계국에 관하여 계속 유효”하다 (제34조 1항 (a)). 하지만 이들은 예외 상황인 “관련국들이 달리 합의하는 경우” (제34조 2항 (a))를 선택하였고, 이와 관련한 별도의 원칙에 합의했다. 1992년 7월 6일 이들은 국가승계 문제에 관한 양해각서(Memorandum on mutual understanding on issues of succession to treaties of the former USSR having mutual interest)를 체결하였다.³²⁶ 이는 구소련의 모든 다자조약 관계를 결정함에 있어 CIS 전체의 결정은 요구되지 않으며, 개별 사례, 주어진 조약의 세부사항에 따라 CIS 회원국 각자가 독립적으로 국제법의 원칙 및 규범에 따라 해결할 것을 명시했다.³²⁷

가) 우크라이나와 벨라루스

CIS 국가들의 실행 중, 눈에 띄는 두 국가가 있다. 이는 우크라이나와 벨라루스로, 이들은 소련의 창립 국가로서 연방공화국임에도 불구하고, 미소 양진경 간의 정치적 타협에 의해 유엔의 원 회원국이 되었다.³²⁸ 이들은 유엔 외에도 다수의 국제 기구 및 조약에 가

³²⁶ Memorandum on Mutual Understanding on Issues of Succession to Treaties of the Former USSR having Mutual Interest, 6 July 1992.

³²⁷ Lee, Keun-Gwan, *supra* note 14, p. 134.

³²⁸ 우크라이나 소비에트 사회주의 공화국과 벨로루시 소비에트 사회주의 공화국은 1945년 10월 24일 소련과 별도로 유엔 창립 회원국으로 가입하였다. 우크라이나 소비에트 사회주의 공화국은 1991년 8월 24일 우크라이나라는 이름으로 독립하였으며, 벨로루시 소비에트 사회주의 공화국은 1991년 9월 19일 벨라루스라는 이름으로 독립하였다.

이들 외에 카자흐스탄, 우즈베키스탄, 타지키스탄, 키르기스스탄, 투르

입하는 등 어느 정도의 독자적 국제법인격을 가졌다.³²⁹

원칙적으로 소련의 모든 공화국들은 외국과 직접 관계를 맺고, 조약을 체결하고, 외교 및 영사 대표를 교환할 권리가 있었다. 하지만 실제로는 소련에 의해 그들의 국제 관계가 표현되었으며, 소련은 이들을 대신해 조약을 체결하였다. 반면, 우크라이나와 벨라루스는 유엔의 독립 회원국으로 받아들여졌으며, 소련의 분리 이전에, 이들 두 국가는 어느 정도의 다소 제한된 국제법인격을 보유하고 있었다. 따라서 이들 두 국가의 경우 소련이 분리되면서 그 법인격이 보다 완전해진 걸로 볼 수 있었다.³³⁰

이들에게만 허용된 특별한 지위는 다른 공화국들과의 주권 평등 측면에서 문제가 될 수 있었지만, 조약 승계 측면에서는 복잡한 문제의 상당부분을 해결해주었다. 일반적으로 벨라루스와 우크라이나도 개별적으로 가입한 소련 조약의 경우, 계속성이 적용되었다. 그 외 이들이 개별적으로 가입하지 않은 소련조약에 있어서는 나머지 승계국들의 처리방식과 유사하게 다루졌다.³³¹

보다 자세히 살펴보면, 이들 두 국가는 소련이 가입한 대부분의 인권조약의 당사국이었다. 따라서 독립 이후에도, 제노사이드 협약, ICERD, ICESCR, ICCPR, CEADW, CAT, CRC, 1949년 제네바 협약 등은 계속 적용되었다. 이는 소련의 조약관계를 승계하여 계속하기보단, 스스로 당사국이었던 조약의 적용을 유지하는 것으로 해석할 수 있다.³³²

크메니스탄, 아르메니아, 아제르바이잔, 몰도바 총 8개국은 1992년 3월 2일에 유엔에 가입했다. 나머지 한 국가인 조지아는 1992년 7월 31일 유엔에 가입했다.

³²⁹ Tarja Långström, *supra* note 322, pp. 733–734; Rasulov, Akbar, *supra* note 41, p. 145.

³³⁰ Bokor–Szegő, Hanna, “Question of State Identity and State Succession in Eastern and Central Europe”, in Mrak, Mojmir(ed.), *Succession of States* (Martinus Nijhoff Publishers, 1999), pp. 97–8.

³³¹ Tarja Långström, *supra* note 322, p. 734.

³³² 벨라루스는 2001년 8월 23일 가입했으며 우크라이나는 2002년 6월 10일 가입했다.

나) CIS 9개국

따라서 CIS 회원국들 중 러시아, 우크라이나, 벨라루스를 제외한 나머지 9개 CIS 회원국들은 러시아의 분리에 따른 조약승계 실행을 검토할 수 있는 핵심 사례이다. 특히, 구소련의 모든 다자조약 관계를 결정함에 있어 CIS 전체의 결정은 요구되지 않으며, CIS 회원국 각자의 개별적 판단이 존중되었던 만큼, 각 개별국가의 처리 현황을 확인해야 할 것이다.

유엔 사무총장이 기탁처인 다자조약 실행에 있어, 이들 국가 중 그 누구도 구소련 조약을 승계하지 않았다. 이는 인권 협약에서도 마찬가지였다.³³³ 러시아가 당사국이었던 ICERD, ICESCR, ICCPR, CEDAW, CAT, CRC의 경우 분리 후 9개 국가들 모두 새롭게 가입했다. 뿐만 아니라, 투르크메니스탄, 타지키스탄 등의 일부 국가들은 소련이 당사국이었던 인권조약 일부에 아예 가입조차 하지 않았음이 확인되었다.³³⁴

이와 관련하여 검토해야 하는 문서가 있다. 1993년 9월 24일 채택된 인권과 근본적 자유 분야의 국제 의무에 대한 CIS 회원 국가원수의 선언은 다음과 같은 내용을 포함했다. “국가들은 인권에 관한 조약 및 협정에 있어 승계의 실현과 관련한 적절한 결정을 검토하여 취한다. 또한 소련이 당사국인 국제 조약 및 협정에서 파생되는 인권과 근

³³³ 조약 처리의 개별적 현황은 부록의 [표-4], [표-5]를 참고하라.

³³⁴ 투르크메니스탄은 제노사이드 협약, 공소시효 부적용 협약, ICSPCA에 당사국이 되지 않았고, 타지키스탄, 카자흐스탄, 우즈베키스탄도 ‘전쟁범죄 및 인도에 반하는 죄에 대한 공소시효 부적용에 관한 협약’, ICSPCA에 당사국이 되지 않았으며, 키르기즈스탄은 ‘전쟁범죄 및 인도에 반하는 죄에 대한 공소시효 부적용에 관한 협약’의 당사국이 아니다. 스포츠 아파르트헤이트 협약의 경우, 이들 중 키르기즈스탄을 제외하고는 누구도 가입하지 않았다.

본적 자유에 관한 의무의 이행에 있어서도 적절한 결정을 검토하여 취한다.”³³⁵ 물론 이 같은 성명의 채택이 인권조약의 자동승계 지지 경향으로 평가할 수 있겠지만³³⁶ 실제 실행 검토 결과 인권조약 승계의 움직임은 거의 확인할 수 없었다.

물론 제네바 협약의 경우 일부 승계의 움직임을 확인할 수 있었다. 소련이 1954년 5월 10일 가입했던 제네바 협약의 경우, 타지키스탄,³³⁷ 카자흐스탄, 키르기즈스탄, 투르크메니스탄³³⁸은 승계통고를 통해 이를 승계하였고, CIS를 창설한 Alma Ata 선언 날인 1991년 12월 21일로 승계 선언의 소급적용을 선언했다. 하지만, 대부분의 조약에서 국가들은 가입을 통한 조약 참여를 의도했으며, 1949년 제네바 협약을 승계한 네 국가도 다른 인권조약에는 가입하거나 당사국이 되지 않았음을 볼 때, 구소련 국가들의 실행이 인권조약 자동승계를 지지한다고 결론 짓기는 어려울 것이다.

앞서 구유고 제노사이드 사건에서 신유고는 보스니아와의 재판과 크로아티아와의 재판에서 모두 구소련 승계국들의 실행을 근거로 제시했다. *Bosnian Genocide Case*에서는, 선결적 항변 제출 시기(1995년 6월 26일) 이전의 자료를 기준으로 제노사이드 협약, ICERD, ICCPR에 대한 국가들의 실행을 통해, 이들이 1978년 비엔

³³⁵ Lee, Keun-Gwan, *supra* note 14, pp. 135-6.

³³⁶ *Ibid.*

저자는 이러한 선언이 영토 변경의 상황에서 인권 조약의 계속적 적용을 중시하는 경향의 증가를 보여준다고 설명한다.

³³⁷ International Committee of the Red Cross, “Declaration of succession by the Republic of Tajikistan to the Geneva Conventions and their Additional Protocols” , *International Review of the Red Cross Archive*, Vol. 33, No. 293 (April 1993), pp. 182-3.

³³⁸ International Committee of the Red Cross, “Declaration of succession to the Geneva Conventions and their Additional Protocols (Turkmenistan, Republic of Kazakhstan, Republic of Kyrgyzstan)” , *International Review of the Red Cross Archive*, Vol. 32, No. 291 (December 1992), pp. 603-4.

나 협약 제34조에 따라 행동하지 않았으며, 백지출발주의에 입각하여 가입을 통해 선행국 조약의 당사국이 되었다고 강조했다.³³⁹ *Croatian Genocide Case*에서 또한 제노사이드 협약, ICERD, ICESCR, ICCPR 등을 포함하는 소련이 가입한 인권조약에 대다수 승계국들이 가입했다고 언급했다.³⁴⁰ 구소련 개별 독립국들의 실행을 검토한 결과, 신유고의 주장은 어느 정도 신빙성 있는 것으로 보인다.

제 3 절 유고슬라비아 해체

1991년 유고슬라비아의 구성 공화국이었던 슬로베니아, 크로아티아, 마케도니아, 보스니아가 차례로 분리 독립하면서 역사상 가장 잔혹한 내전의 발생으로 이어졌다. 이후 1992년 남은 신유고와 몬테네그로가 유고슬라비아 연방 공화국(신유고 연방)을 결성하면서 구유고 연방은 역사에서 사라졌다.

슬로베니아, 보스니아-헤르체고비나, 크로아티아는 1992년 5월 22일에 유엔에 가입하였으며, 마케도니아 공화국은 1993년 4월 8일에 유엔에 가입하였고, 그리스와의 국명 분쟁을 고려하여 "마케도니아 구유고슬라비아 공화국"(The former Yugoslav Republic of Macedonia)이라는 이름으로 활동하고 있다. 유고슬라비아 연방 공화국은 2000년 11월 1일에 유엔에 가입하였고, 2003년 2월 4일에 세르비아 몬테네그로라는 이름으로 바뀌어 활동하였다. 2006년 6월 3일에 세르비아 몬테네그로가 분리된 이후에는 세르비아가

³³⁹ 이에 대한 보다 자세한 내용은 각주 176를 참고하라.

³⁴⁰ 이에 대한 보다 자세한 내용은 각주 258을 참고하라.

그 법인격을 계승하였다.

I. 신유고의 조약승계

앞서 구유고 제노사이드 사건에서 확인한 바와 같이, 신유고는 보스니아 사건에서 백지출발주의에 입각하여 신생독립국을 제외하고는 다자조약을 승계할 수 없다고 주장했다. 뿐만 아니라 설사 승계할 수 있다 해도, 소급효가 적용되지 않으므로 승계 의사를 표현한 이후부터 적용 가능하다는 입장을 취했다. 하지만 이러한 신유고의 입장은 유엔에 새롭게 가입한 후 전환되었다. 신생독립국이 아님에도 1978년 비엔나 협약을 포함하는 여러 조약을 승계했으며, 1978년 비엔나 협약의 적용을 피하기 위해 소급효를 적용하여 해당 승계 시점을 1992년 4월 27일로 앞당기는 모습을 보였다.

실제로 신유고의 다자조약승계 실행을 살펴본 결과, 유엔 사무총장이 기탁처인 다자조약 중 구유고가 가입 또는 서명한 208개의 조약에서, 135개의 조약을 승계했음을 확인할 수 있었다. 인권조약에 있어선, 신유고가 가입 또는 서명했던 유엔 사무총장이 기탁처인 인권조약을 제노사이드 협약과 공소시효 부적용 협약을 제외하고는 대부분 승계했으며, 난민협약 3개도 모두 승계했다. 물론 구유고가 가입했던 공소시효 부적용 협약, ICSPA, 스포츠 아파트헤이트 협약 또한 승계 하지 않았지만, 이들의 상대적으로 저조한 당사국 수를 고려했을 때 해당 협약이 자동승계의 대상이 되는 주된 인권조약 사례라고 보기 어려울 것이다.³⁴¹ 또한, 제노사이드 협약은 제IX조 유보를 첨부하여 가입하였고, 이는 소송의 관할권의 기반으로 활용된 IX조를 유보하여 관할권 성립에 반대하기 위한 전략적 선택으로 해석된다.

³⁴¹ 2017년 4월 기준, 공소시효 부적용 협약의 경우 55개국, ICSPA의 경우 109개국, 스포츠 아파트헤이트 협약의 경우 60개국이다.

물론 신유고는 인권조약 자동승계를 명시적으로 부정했던 국가로, 제노사이드 협약 가입은 이 같은 신유고의 태도를 분명히 확인해주는 사례일 것이다. 하지만, 제노사이드 협약을 제외하고는 모든 인권조약을 승계한 것을 볼 때, 과연 신유고의 실행을 인권조약 자동승계의 반대 실행으로만 볼 수 있을지 의문이 남는다.

II. 그 외 국가들

크로아티아와 보스니아는 제34조의 적용 및 인권조약의 자동승계를 지지했던 국가였다. 주권적이고 독립적인 크로아티아 공화국의 설립에 대한 선언은 “구유고의 법적 승계국으로서 크로아티아 공화국은 완전하고 양심적으로 크로아티아 공화국과 관련된 모든 권리를 행사하고 의무를 수행할 것을 모든 국가와 국제기구에게 보장한다” 고 명시하였다.³⁴² 하지만 조약의 준비와 체결에 관한 1991년 7월 26일 크로아티아 법(Croatian Law of 26 July 1991 on the preparation and conclusion of treaties) 제33조는, 크로아티아의 헌법 또는 법 질서에 위반하지 않는 구유고의 조약에 있어

³⁴² Declaration of the Establishment of the Sovereign and Independent Republic of Croatia (Zagreb, 25 June 1991), III, in Trifunovska, S. (ed.), *Yugoslavia Through Documents: From its Creation to its Dissolution* (Martinus Nijhoff Publishers, 1994), pp. 301–304.

해당 부분은 다음과 같다.

“The Republic of Croatia in its capacity of the legal successor of the former Socialist Federal Republic of Yugoslavia guarantees to all states and international organizations that it will fully and conscientiously exercise all rights and perform all obligations in the part relating to the republic of Croatia” .

서만 승계한다는 내용을 담고 있었다.³⁴³ 따라서 해당 문구는 크로아티아가 자국 법과의 일치 여부에 따라 승계할 조약을 ‘선택’ 할 것임을 보여주었다.

실제로도 크로아티아는 구유고가 당사국이거나 서명한 208개 다자협약 중, 80개의 협약만을 승계했으며, 보스니아도 114개의 구유고 조약을 승계했다. 이를 통해 1978년 비엔나 협약 제34조의 적용을 기본 원칙이라 주장했던 두 국가마저도 모든 조약을 승계하진 않았음을 확인할 수 있다.

하지만 인권 및 난민 조약에 있어서는 인권조약 자동승계를 지지하는 실행을 보였다. 즉, 두 국가 모두 구유고가 가입했던 인권조약과 난민협약을 전부 승계 했으며, 구유고가 서명했던 ‘시민적 정치적 권리에 관한 국제 규약 선택 의정서(Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights: OPICCPR)’는 승계하지 않고 따로 가입하여 당사국이 되었다. 또한, 앞서 확인한 바와 같이 보스니아는 1949년 제네바 협약을 승계했다.³⁴⁴

슬로베니아는 1991년 6월 25일 독립 선언 당시 다음과 같이 구유고와의 조약관계에 대한 입장을 선언했다.

³⁴³ R. Szafarz, *The Practice of Poland as the “Other States Party” and as a Depository – as Regards succession of Recently Established States in Respect of Treaties* (Warsaw, 24 October 1995), ILA Report, p. 13, Juan Miguel Ortega Terol, “The Bursting of Yugoslavia: an Approach to Practice Regarding State Succession”, in Eisemann, P.M. and Koskeniemi, M.(eds.), *La succession d’ Etats: la codification à l’ épreuve des faits/State Succession: Codification Tested Against the Facts*, Publications of the Hague Academy of International Law (Martinus Nijhoff Publishers, 2000), p. 906에서 재인용.

³⁴⁴ Federal Department of Foreign Affairs, Communication to the Governments of the States parties to the Geneva Conventions of 12 August 1949 for the Protection of War Victims, Continuity by the Russian Federation (Berne, 17 February 1993).

“국제 법인격으로서, 슬로베니아 공화국은 다음을 서약한다: 법적 승계의 정신 속에서 국제법의 모든 원칙과, 유고슬라비아에 의해 서명되고 슬로베니아 공화국 영토에 적용되는 모든 국제 계약의 규정을 준수한다...”³⁴⁵

슬로베니아 공화국 의회의 ‘슬로베니아 공화국의 자율성과 독립에 관한 기본 헌법적 헌장의 집행을 위한 헌법’은 유고슬라비아에 의해 체결되고 슬로베니아 공화국과 연관된 국제 협정은 슬로베니아 영토에 발효하며, 의회가 승계통고를 취할 국제 협정의 목록을 세달 내에 제출할 것을 요청하도록 규정하였다.³⁴⁶

³⁴⁵ Republic of Slovenia Assembly, Declaration of Independence (Ljubljana, 25 June 1991), <http://www.slovenija2001.gov.si/10years/path/documents/>.

해당 부분 원문은 다음과 같다.

“In its capacity as an international and legal entity, the Republic of Slovenia pledges to: respect all the principles of international law and, in the spirit of legal succession, the provisions of all international contracts signed by Yugoslavia and which apply to the territory of the Republic of Slovenia...”

³⁴⁶ Constitutional Law on the Enforcement of the Basic Constitutional Charter on the Autonomy and Independence of the Republic of Slovenia (Ljubljana, 25 June 1991), art. 3, in Trifunovska, S. (ed.), *supra* note 342, pp. 292–8.

해당 부분은 다음과 같다.

“International agreements concluded by Yugoslavia and relating to the Republic of Slovenia shall be effective in the territory of the Republic of Slovenia.

The executive Council of the Assembly of the Republic of Slovenia shall within three months submit to the Assembly of the

이 같은 문서는 언뜻 보기에는 슬로베니아가 구유고 조약의 전부를 계속 적용하는 것을 의도한 것 같지만, “의회가 승계통고를 취할 국제 협정의 목록”을 제출하도록 규정한 것을 보아, 이들이 계속적으로 적용 받을 조약을 선택하는 방법을 취했음을 알 수 있다.

실제로 슬로베니아는 총 71개의 구유고 협약을 승계했으며, 이들 중 중 구유고가 당사국이었던 인권조약도 상당 수 포함되어 있었다. 하지만, OPPICCPR과 CAT의 경우 승계하지 않고 독립 이후 따로 가입하였으며, 스포츠 아파르트헤이트 협약에는 승계도 가입도 하지 않았다. 마케도니아 역시 유사하게 구유가 가입 또는 서명한 208개 협약 중, 111개 협약을 승계했으며, 스포츠 아파르트헤이트 협약을 제외한 인권조약 대부분이 포함되어 있었다.

구유고의 승계국들은 공식적으로는 구유고 조약의 계속 적용을 표명하였다. 하지만, 이들의 실행을 평가한 결과 구유고가 가입한 다자조약 중 일부만 가입함을 알 수 있었다. 이는 앞서 Weeramantry 판사가 지적한 바와 같이, 실제 승계의 발생이 보편적 승계와 백지출발주의의 양 극단에 따라 규율 될 수 없음을 확인하는 듯 하다.³⁴⁷

하지만 적어도 인권조약에 있어서는 상당 수의 승계사례를 확인할 수 있었다. 일부 인권조약의 경우 승계하지 않았지만, 이들을 인권조약이 자동승계의 대상이 되는 핵심 인권조약으로 볼 수 있을지에 대해서는 추가적 검토가 필요할 것이다. 특히 스포츠 아파르트헤이트 협약의 경우 당사국이 60개국 밖에 되지 않아, 인권조약 자동승계의 대상이 되는 보편적 성격을 갖는다고 보기 어려울 것이다.

Republic of Slovenia list of international agreements relating to the Republic of Slovenia on the basis of which list the Assembly of the Republic of Slovenia shall adopt the act on notification of other parties to these international agreements.”

³⁴⁷ *Bosnian Genocide Case*, Preliminary Objections, Separate Opinion of Judge Weeramantry, pp. 641–2.

제 5 절 소 결

국가 실행을 검토한 결과 독일 통일의 경우 동독의 조약이 거의 완전히 소멸하였고, 소련 분리의 경우에도, CIS 국가들 대부분이 인권조약에 가입함을 확인할 수 있었다. 하지만, 구유고의 승계국들 대부분은 상당수의 인권조약을 승계하였다. 특히, 구유고 제노사이드 사건에서 명시적으로 인권조약 자동승계에 반대했지만, 실제로 제노사이드 협약 포함 일부 인권조약을 제외한 대부분의 인권조약을 승계한 신유고의 실행이 눈에 띈다.

이 같은 조약 실행은, 엄격한 의미에서는 인권조약 자동승계의 반대 근거로 해석되는 것이 합리적일 것이다. 물론, 일부 선언 및 상당수 인권조약을 승계한 구유고 국가들의 실행이 인권조약 자동승계 지지 경향의 확대에 파악될 수 있겠지만, 적어도 인권조약이라는 이유로 자동승계되는 것은 확인하기 어려웠다. 이는 오히려 앞서 구유고 제노사이드 사건들에서 국가 실행을 근거로 자동승계에 반대했던 신유고 주장의 신빙성을 높여주는 듯 하다.

또한, 대부분의 국가들은 인권조약을 승계할 때, 국가승계일로의 소급적용을 명기한 구체적 통고를 통해 이를 처리하였다. 인권조약 자동승계 찬성 측은 인권조약의 경우 자동적으로 적용되며 승계통고는 이미 발생한 사실을 확인할 뿐이라고 빈번히 주장해 왔다. 하지만 국가들의 실행은 오히려 이에 반대되는 듯 하다. 물론, 승계통고를 하지 않은 국가들에게 인권조약 감시 기구가 의사표현을 촉구한다거나 하는 등의 행동을 할 수 있을 것이다. 또한 인권조약 자동승계를 지지하는 국가가 이러한 조약기구의 행동을 항의 없이 수락할 가능성도 있다.³⁴⁸ 하지만, 보다 높은 강도의 조약 상 책임 및

³⁴⁸ 이와 관련해서 앞서 언급한 HRC와 보스니아의 사례를 참고할 수 있다. 자세한 내용은 ‘제3장 자동승계’의 ‘제3절 인권 조약 자동승계’

의무의 문제에 있어서도, 승계 통고를 하지 않은 국가를 자동으로 승계국으로 대할 수 있을지 의문이다. 예를 들어, 인권조약 상 의무 위반에 따른 국가책임 문제를 상정할 수 있을 것이다. 앞서 구유고 체노사이드 사건들에서도 재판소는 신유고의 체노사이드 협약 당사국 여부를 확인하기 위해, 신유고의 4월 22일 선언을 승계통고로 해석하고 이에 의존한 것이다.³⁴⁹

이와 같이, 국가 실행은 자동적 승계 보다는, 개별 상황에서 승계국 선택에 대한 존중을 보여주는 듯 하다. 실제로, 승계 이론 및 비엔나 협약 상 원칙이 국가 실행에 준 영향은 매우 적었으며, 오히려 구체적 합의 등에 따른 개별적 처리가 대부분이었다. 이 같은 실행을 토대로 추측하건대, 국가승계의 상황에서 무엇보다 가장 존중 받는 요소는 첫걸음을 딛는 신생국의 선택으로 보인다. 신생국은 다양한 변수들을 고려하여 자국의 이익에 부합하는 최선의 결정을 내리려 할 것이고, 고려 요소에는 법적 원칙 그 이상이 포함될 것이다. 이 같은 개별적 처리가 국가승계의 현실이라면, 승계 유형에 영향을 받지 않고 일관되게 적용되어야 한다는 인권조약 자동승계 주장이 이론 그대로 적용되기란 쉽지 않을 것이다.

또한, 개별 승계상황의 성격에 대한 보다 면밀한 검토도 요구된다. 특히, 앞서 검토한 바와 같이, 국가 통합은 여타의 승계 유형에 비해 기존 조약의 계속적 적용이 가져올 결과가 매우 불확실하다. 이 또한 승계 유형과 상관없이 기존 조약의 계속적 적용을 의도하는 인권조약 자동승계 담론의 수정을 요청하는 근거가 될 것이다.

중 ‘II 유엔 기구 의견’을 참고하라.

³⁴⁹ 물론 해당 논증이 법적으로 타당한지의 문제는 별개일 것이다. 이에 대한 비판은 다음을 참고하라. Craven, Matthew C. R., *supra* note 146, p. 144, note 13; *Croatian Genocide Case*, Preliminary Objections, Judgment, ICJ Reports 2008, Dissenting Opinion of Judge Kreca, pp. 563-6, para. 16-21.

제 6 장 결 론

본 연구는 인권조약 자동승계 원칙의 확립 여부를 확인하는 과정에서 이론, 국제 재판소 판례, 국가 실행을 검토하였다. 제2장과 제3장을 통해 조약승계 일반론과 자동승계 논의를 검토하였고, 그 결과 인권조약 자동승계 주장이 기존의 자동승계 주장 (영토적 조약 및 입법조약의 자동승계)과 상당부분 유사함을 확인할 수 있었다.

제4장에서는 관련 쟁점이 명확히 드러난 *Bosnian Genocide Case*와 *Croatian Genocide Case* 등의 판례를 살펴보았다. 사건의 배경 및 유고슬라비아 해체 과정에서의 다양한 논의들을 토대로, 조약 승계 쟁점을 검토하였으며, 인권조약 자동승계에 대한 양 당사자의 주장과 재판소의 판결 및 판사들의 개별의견을 확인하였다. 결과적으로 재판소는 이에 대한 어떠한 결정도 내리지 않았지만, 양 당사자들의 입장과 판사들의 개별의견을 통해 찬반 견해를 살펴볼 수 있었고, 이는 인권조약 자동승계에 대한 보다 깊이 있는 논의를 가능하게 했다. 또한, ICTY와 ECHR의 판례를 통해 인권조약 자동승계의 향후 확립 가능성까지 엿볼 수 있었다.

제5장에서는 1990년대 이후 발생한 국가 실행을 검토하였다. 독일, 소련, 유고슬라비아의 국가승계에 대한 개괄 및 인권조약 처리 방식에 집중하였다. 1978년 비엔나 협약상 원칙의 반영 여부를 검토하는 것도 흥미로운 작업이었다. 이론과 판례가 해당 원칙의 확립 여부에 관한 명확한 답을 제공하지 못하는 상황에서, 국가 실행 검토가 주는 시사점은 매우 크다고 할 수 있었다.

이 같은 검토는 인권조약 자동승계론에 대한 다음의 시사점 도출로 이어졌다. 첫째는 인권조약 자동승계론의 이론적 한계이다. 대표적으로, 가장 빈번히 등장했던 해당 담론의 한계는 대상 조약의 범주가 불명확하다는 점이었다. 물론, 영토적 조약이 범주의 불명확성에도 불구하고 자동승계 대상으로 확립되었다는 점에서, 범주의 불명확성이 해당 원칙의 확립 유무를 결정하는 필수 요소는 아닐

수 있다. 하지만, 범주의 구체화는 보다 실제적인 논의를 위해 반드시 선행되어야 하는 작업이다. 또한, 가능하다면 제한적인 범주를 제시하는 것이 국가의 자유라는 민감한 주제와의 마찰을 최소화하는 방법일 것이다.³⁵⁰

이 외에도, 기존 주장과의 유추는 기존 주장의 한계 또한 공유하게 하였다. 특히 입법조약 및 보편적 조약의 자동승계의 경우, 신생국의 동의 없이 이들을 *계약적으로* 구속할 수 있는 법적 메커니즘에 대한 명확한 설명이 부재하다. 이는 인권조약 자동승계에도 해당되는 한계로, 해당 국가의 동의 없이 신생국이라는 이유로 인권조약의 당사국이 된다면, 다른 비당사국과의 형평성 문제뿐 아니라, 조약에 포함된 ‘순수하게 절차적인 조항’들로 인한 국가의 부담 문제 또한 발생할 것이다. 따라서, 인권조약의 자동승계가 조약 전체 규정을 대상으로 하는 것인지 등에 대한 보다 구체적인 검토가 요청된다.

마지막으로, 개별 승계 상황에서 인권조약 자동승계가 가져올 효과에 대한 설명이 미흡하다. 특히, 독일을 중심으로 한 통합 사례 검토는, 통합의 경우 여타 승계 유형에 비해 기존 조약의 계속적 적용이 가져올 결과가 매우 불확실함을 보여주었다. 따라서, 인권조약이 자동승계 된다면, 구체적으로 어떠한 조약이 어떠한 영토적 단위에 계속 적용되는지에 대한 설명이 필요할 것이다.

다음 연구의 시사점은, 인권조약 자동승계 원칙의 확립 유무에 대한 평가이다. 앞서 검토했듯, 이론적 논의에서도 여전히 논쟁이 계속되고 있으며, 특히 구유고 제노사이드 사건에서 재판소는 해당 원칙에 대한 판결을 회피한 바 있다. 따라서, 적어도 판례를 근거로 인권조약 자동승계가 확립되었음을 주장하기는 쉽지 않을 것이다. 특히 판례가 법칙 발견의 보조수단으로 활용될 수 있음을 유념할 때, ICJ의 회피는 이를 판단함에 있어 그다지 긍정적으로 작용하지

³⁵⁰ 예를 들어 Rasulov는 자동승계는 신생국 주권을 명백히 제한하므로, 그 적용 범주가 가능한 좁게 해석되어야 한다고 주장한다. (Rasulov, Akbar, *supra* note 41, p. 151).

않을 듯 하다. 기타 영토적 조약이 범주의 모호성에도 불구하고 국제관습법으로 확립되었음을 뒷받침하는 핵심 근거 역시 이를 명시적으로 인정한 ICJ 판례였다.³⁵¹

또한, 국가 실행 검토는 개별 사안에 따른 각기 다른 조약 처리를 보여주었다. 구유고의 승계국 일부를 제외하고는 대부분 인권조약에 ‘가입’하는 등 오히려 반대 실행이 상당수를 구성했다. 어떠한 규칙이 국제사회를 규율하는 법으로 확립되었음을 확인하기 위해서는, 해당 원칙이 국제사회의 주요 행위자인 국가를 규율하는 원칙으로 작동하고 있는지를 확인해야 할 것이다. 설사, 이론 및 판례에서의 해답이 불명확하다 할지라도, 대부분의 국가들이 이를 준수한다면 이 같은 국가 실행을 간과하기는 매우 어려울 것이다. 하지만, 국가 실행 검토 결과, 인권조약이라는 이유로 조약 승계상 특별한 대우를 받았다고 보기 어려웠다. 이 같은 한계를 고려할 때, 해당 원칙이 국제사회를 규율하는 원칙으로 확립되었다고 간주하기에는 시기상조일 것이다.

물론, 이러한 결론이 해당 원칙의 향후 확립 가능성의 완전한 배제를 의미하진 않을 것이다. 실제로 인권조약 자동승계 찬성 측에서 등장하는 수 많은 필요성에 대한 요청은, 인권 보호라는 커다란 물결을 타고 진일보하는 국제법의 흐름을 고려할 때 결코 간과할 수 없다. 또한, 판단을 회피한 ICJ와 대조를 이루며, ICTY와 ECHR은 인권조약의 자동승계를 지지했다. 이들 재판소의 성격 상 인권 중심적 판단이 가능했을 순 있지만, 향후 인권조약 자동승계에 대한 국제사회의 법적 확신의 변화 가능성을 보여주기에 충분했다.

하지만 인권조약 자동승계 담론이 국가 주권이라는 현실의 벽을 넘기란 결코 쉽지 않을 것이다. 특히, 해당 담론은 *승계의 유형과 상관없이* 적용되어야 하는 단일한 원칙을 제시한다. 하지만, 국가들의 개별적 조약 처리는 국가승계 상황이 단일한 원칙으로 제한하기 어려운 특수한 상황임을 보여주었다. 한 국가가 소멸하고 다른

³⁵¹ *Gabčíkovo–Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)*, ICJ Reports 1997, p. 72, para. 123.

국가로 대체되는 국가의 존립과 긴밀히 연결된 순간에서 인권보호가 어떠한 입지를 확보할 수 있을지 우려되는 것도 사실이다. 오히려, 현재의 엄격한 잣대가 아닌, 국가승계 상황에 대한 현실적 고려가 필요할 듯 하다.

또한, 인권 자체에 대한 보다 세부적인 분석이 요청된다. 관련 연구를 살펴보면, 대다수의 연구가 인권조약이라는 상당히 추상적이고 큰 범주를 대상으로 삼는다. 하지만, 인권 조약, 더 나아가 인권에는 매우 다양한 성격의 권리들이 포함된다. 대표적으로 Vasak이 언급한 1세대, 2세대, 3세대 인권 역시 같은 맥락에서 이해할 수 있을 것이다.³⁵² 그럼에도 불구하고 인권조약 자동승계 논의는 개별 조약의 특성에 대한 면밀한 검토가 부재하다.³⁵³ 물론 각 세대별 인권의 특징과, 이러한 특징이 인권조약 자동승계에 미치는 영향을 명확히 제시하기 위해선 추가적 연구가 필요할 것이다. 하지만, 전체 인권조약을 단일한 규칙의 적용 대상으로 삼는 현재의 이론이 보완되어야 함은 분명해 보인다.

인권 조약 자동승계론은 등장과 동시에 국제사회의 큰 관심을 받아 왔다. 하지만, 아직 국제사회를 규율하는 원칙으로 확립되기엔

³⁵² 인권은 보통 1세대 인권이라 불리는 자유권과, 제2세대 인권이라 불리는 사회권, 마지막으로 집단적 권리로 구분할 수 있다. 자유권과 사회권이 근대사회의 등장과 함께 비교적 이른 시기에 확립된 것과 달리, 집단적 권리는 제2차 세계대전 이후 기득권 집단에 대한 투쟁 속에서 제3세계 국가를 중심으로 발전해 왔다. 앞서 국가 실행에서 다룬 인권조약 중, ICCPR은 대표적 1세대 권리로 꼽히며, ICESCR은 2세대 인권으로 분류할 수 있다. (Vasak, Karel, “ A Thirty-Year Struggle: the Sustained Efforts to give Force of law to the Universal Declaration of Human Rights” , *The Unesco Courier*, Issues. 11 (1997), pp. 28-9.)

³⁵³ 예를 들어, 3세대 인권의 경우 집단적 권리로서 연대적 성격을 띠며, 따라서 여타 인권에 비해 국가 주권과의 충돌 가능성이 클 것이다. 추측하건대, 앞서 국가 실행 분석에서 아파르트헤이트 관련 협약에 대한 국가들의 가입 및 승계 비율이 매우 낮았음도 이러한 맥락에서 해석할 수 있을 것이다.

많은 한계를 갖고 있다. 물론, 향후 지역적 인권 보호 체제 및 국제 인권 기구들의 활약을 통해 관련 논의가 발전할 가능성은 충분할 것이다. 하지만 가장 큰 쟁점이 국가 주권과의 충돌임을 고려할 때, 보다 현실적인 검토가 필요한 시점인 듯 하다. 실제 국가 승계 상황에 대한 고려와 인권 조약에 대한 세밀한 검토가 병행될 때에만, 인권조약 자동승계 담론이 단순한 탁상공론이 아닌 현실적 대안으로 자리잡을 수 있을 것이다. 이는 인권과 주권의 대립 속에서 발전하고 있는 해당 논의에 지속적 관심이 필요한 이유이기도 하다.

참고 문헌

[국내 문헌]

<단행본>

- 김대순, 『국제법론』, 제18판 (삼영사, 2015).
- 김준호, 『민법강의-이론 사례 판례』, 제21판 (법문사, 2015).
- 박찬운, 『국제인권법』 (한울, 1999).
- 이석용 외, 『국제인권법』 (세창출판사, 2005).
- 이순천, 『조약의 국가승계』 (열린책들, 2012).
- 이한기, 『국제법강의』 (신정사, 박영사, 1997).
- 정인섭, 『조약법 강의』 (박영사, 2016).

<논문>

- 신용호, “독일 통일과 조약의 국가승계”, 비교법학, 제8집 (2008).
- 오승진, “선결적 항변에 관한 연구-국제사법재판소의 소송 절차를 중심으로”, 국제법학회논총, 제60권 1호 (2015).
- 이규창, “국제인권조약 자동승계론에 관한 연구: 남북통일과 관련하여”, 통일정책연구, 제16권 제2호 (2007).
- 이근관, “통일 후 한-중 국경 문제에 관한 국제법적 고찰”, 국제법학회논총, 제55권 제4호 (2010).

- 이순천, “ICJ의 보스니아 Genocide 판결 및 평가”, 국제법 학회논총, 제52권 2호 (2007).
- 이진규, “남북한 통일 시 조약승계에 관한 국제법적 고찰”, 법학논총, 제39권 제1호 (2015).
- 조형석, “UN 인권체제의 변화”, 국제법 동향과 실무, 통권 제14호 (2006).

[외국 문헌]

<단행본>

- Aust, Anthony, *Modern Treaty Law and Practice*, 3rd ed. (Cambridge University Press, 2013).
- Brownlie, Ian, *Principles of public international law*, 4th ed. (Oxford University Press, 1990).
- Brownlie, Ian, *Principles of Public International Law*, 7th ed. (Oxford University Press, 2008).
- Cassese, Antonio, *International Law*, 2nd ed. (Oxford University Press, 2005).
- Craven, Matthew C. R., *The Decolonization of International Law* (Oxford University Press, 2007).
- Crawford, James, *The Creation of States in International Law*, 2nd ed. (Oxford University Press, 2006).
- De Visscher, Charles, *Theory and Reality in Public International Law*, Revised ed. (Princeton University Press, 1968).
- Dixon, Martin, Robert McCorquodale, and Sarah

- Williams, *Cases and materials on international law*, 5th ed. (Oxford University Press, 2011).
- Eisemann, P.M. and Koskenniemi, M. (eds.), *La succession d' Etats: la codification à l' épreuve des faits/State Succession: Codification Tested Against the Facts*, Publications of the Hague Academy of International Law (Martinus Nijhoff Publishers, 2000).
 - Ginsburgs, G., et al.(eds.), *International and National Law in Russia and Eastern Europe: Essays in Honor of Georges Ginsburgs* (Martinus Nijhoff Publishers, 2001).
 - Jennings, Robert and Watts, Arthur (eds.), *Oppenheim' s International Law*, 9th ed. Vol. I. Peace (Oxford University Press, 1992).
 - McNair, Arnold D., *The Law of Treaties* (Oxford University Press, 1961).
 - Mullerson, Rein, *International Law, Rights, and Politics: Developments in Eastern Europe and the CIS* (Routledge, 1994).
 - O' Connell, Daniel P., *The Law of State Succession* (Cambridge University Press, 1956).
 - Shaw, Malcolm N., *International Law*, 7th ed. (Cambridge University Press, 2014).
 - Stern, Brigitte, *La succession d'Etats* (Martinus Nijhoff Publishers, 2000).
 - Towster, Julian, *Political Power in the U.S.S.R., 1917–1947: The Theory and Structure of Government in the Soviet State* (Oxford Univ. Press, 1948).
 - Trifunovska, S. (ed.), *Yugoslavia Through Documents: From its Creation to its Dissolution* (Martinus Nijhoff Publishers, 1994).

<논문>

- Blum, Yehuda Z., “UN Membership of the “New” Yugoslavia: Continuity or Break?” , *American Journal of International Law*, Vol. 86, No. 4 (1992).
- Blum, Yehuda Z., “Was Yugoslavia a Member of the United Nations in the Years 1992–2000?” , *American Journal of International Law*, Vol. 101, No. 4 (2007).
- Bokor–Szegö, Hanna, “Question of State Identity and State Succession in Eastern and Central Europe” , in Mrak, Mojmir(ed.), *Succession of States* (Martinus Nijhoff Publishers, 1999).
- Chan, Johannes, "State succession to human rights treaties: Hong Kong and the International Covenant on Civil and Political Rights," *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 45, No. 4 (1996).
- Cheng, Bin, “Custom: The Future of General State Practice in a Divided World” , in Macdonald, R. St. J. and Douglas M. Johnston (eds.), *The Structure and Process of International Law: Essays in Legal Philosophy Doctrine and Theory* (1983, Martinus Nijhoff Publishers).
- Craven, Matthew C. R., "Legal differentiation and the concept of the human rights treaty in international law", *European Journal of International Law*, Vol. 11, No. 3 (2000).
- Craven, Matthew C. R., "The Genocide Case, The law of

- treaties and State succession", *British Yearbook of International Law*, Vol. 68 (1998).
- Craven, Matthew C. R., "The Problem of State Succession and the Identity of States under International Law", *European Journal of International Law*, Vol. 9 (1998).
 - Gowlland-Debbas, Vera, "The Role of International Court of Justice in the Development of the Contemporary Law of Treaties", in Tams, Christian J. and James Sloan(eds.), *The Development of International Law by the International Court of Justice* (Oxford University Press, 2013).
 - Higgins, Rosalyn, "Human rights in the International Court of Justice", *Leiden Journal of International Law*, Vol. 20 (2007).
 - Jenks, C. Wilfred, "State Succession in Respect of Law-making Treaties", *British Yearbook of International Law*, Vol. 29 (1952).
 - Jenks, C. Wilfred, "State Succession in Respect of Law-making Treaties", *British Year Book of International Law*, Vol. 29 (1952).
 - Kamminga, Menno T., "State Succession in Respect of Human Rights Treaties", *European Journal of International Law*, Vol. 7 (1996).
 - Kooijmans, Peter H., "State Succession and the 1929 Warsaw Convention: a Case-Study", in Masson-Zwaan, T.L. and Mendes de Leon, P.M.J. (eds.), *Air and Space Law: De Lege Ferenda* (Kluwer Academic Publishers, 1992).
 - Lee, Keun-Gwan, *The Law of State Succession in the*

- Post-Decolonisation Period with Special Reference to Germany and the Former Soviet Union, Ph. D. dissertation, University of Cambridge (February 1998).
- McNair, Arnold D., "The Functions and Differing Legal Character of Treaties" , *British Yearbook of International Law*, Vol. 11 (1930).
 - Merrills, J. G., "Interim Measures of Protection in the Recent Jurisprudence of the International Court of Justice" , *British Institute of International and Comparative Law*, Vol. 44, No. 1 (January 1995).
 - Mullerson, Rein, "New Developments in the Former USSR and Yugoslavia" , *Virginia Journal of International Law*, Vol. 33 (1992-3).
 - Mullerson, Rein, "The Continuity and Succession of States, by Reference to the Former USSR and Yugoslavia" , *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 42 (1993).
 - O' Connell, Daniel P., "Independence and Succession to Treaties" , *British Yearbook of International Law*, Vol. 38 (1962).
 - Panditaratne, Dinusha, "Reporting on Hong Kong to UN Human Rights Treaty Bodies: For Better or Worse Since 1997?," *Human Rights Law Review*, Vol. 8, No. 2 (2008).
 - Pazartzis, Photini, "State Succession to Multilateral Treaties: Recent Developments", *Austrian Review of International & European Law*, Vol. 3 (1998).
 - Pocar, Fausto, "Some Remarks on the Continuity of Human Rights and International Humanitarian Law Treaties" , in Cannizaro, Enzo(ed.), *The Law of*

Treaties Beyond the Vienna Convention (Oxford University Press, 2011).

- Rasulov, Akbar, “ Revisiting State Succession to Humanitarian Treaties: Is There a Case for Automaticity?” , *European Journal of International Law*, Vol. 14, No. 1 (2003).
- Rockoff, Jennifer M, "Prosecutor v. Zejnir Delalic (the Celebici Case)", *Military Law Review*, Vol. 166 (2000).
- Rosenne, Shabtai, “Automatic Treaty Succession,” in Klabbers, Jan and Lefeber Rene(eds.), *Essays on the Law of Treaties: A Collection of Essays in Honour of Bert Vierdag* (Martinus Nijhoff Publishers, 1998).
- Shachter, Oscar, “State Succession: The Once and Future Law” , *Virginia Journal of International Law*, Vol. 33 (1992–3).
- Simma, Bruno, "How Distinctive Are Treaties Representing Collective Interest? The Case of Human Rights Treaties” , in Gowlland–Debbas, Vera (ed.), *Multilateral Treaty–Making: The Current Status of Challenges to and Reforms Needed in the International Legislative Process* (Springer, 2000).
- Vagts, Detlev F., “The Codifiers’ View” , *Virginia Journal of International Law*, Vo. 33 (1992–3).
- Vasak, Karel, “ A Thirty–Year Struggle: the Sustained Efforts to give Force of law to the Universal Declaration of Human Rights” , *The Unesco Courier*, Issues. 11 (1997).
- Williams Paul, R, "The Treaty Obligations of the Successor States of the Former Soviet Union, Yugoslavia, and Czechoslovakia: Do They Continue in

Force", *Denver Journal of International Law and Policy*, Vol. 23, (1994-6).

[기타 자료]

<UN 자료>

- Commission on Human Rights Resolution, UN. Doc. E/CN.4/RES/1993/23 (5 March 1993).
- Commission on Human Rights Resolution, UN. Doc. E/CN.4/RES/1994/16 (25 February 1994).
- Commission on Human Rights Resolution, UN. Doc. E/CN.4/RES/1995/18 (24 February 1995).
- Commission on Human Rights, Succession of States in respect of international human rights treaties: Report of the Secretary-General, UN. Doc. E/CN.4/RES/1995/80 (28 November 1994).
- Committee on the Rights of the Child, Reservations, Declarations and Objections relating to the Convention of the Rights of the Child: Note by the Secretary-General, UN. Doc. CRC/C/2/Rev.3 (11 July 1994).
- GA Resolution, UN Doc. A/RES/47/1 (22 September 1992).
- GA Resolution, UN Doc. A/RES/47/229 (5 May 1993).
- GA Resolution, UN Doc. A/RES/55/12 (10 November 2000).
- GA Resolution, UN Doc. A/RES/60/1 (16 September

2005).

- GA Resolution, UN. Doc. A/RES/174(II) (21 November 1947).
- GA, Application of the Federal Republic of Yugoslavia for admission to membership in the UN: Note by the Secretary-General, UN. Doc. A/55/528-S/2000/1043 (30 October 2000), Annex, Letter dated 27 October 2000 from the President of the Federal Republic of Yugoslavia to the Secretary-General.
- GA, First Report on *Jus Cogens* by Dire Tladi, Special Rapporteur, 8 March 2016, UN. Doc. A/CN.4/693.
- GA, Letter dated 25 September 1992 from the Permanent Representatives of Bosnia and Herzegovina and Croatia to the UN addressed to the Secretary-General, UN. Doc. A/47/474 (27 September 1992).
- GA, Letter dated 6 May 1992 from the chargé d'affaires a.i. of the Permanent Mission of Yugoslavia to the UN addressed to the Secretary-General, UN Doc. A/46/915 (7 May 1992), Annex II, Declaration.
- GA, Note by the Secretary-General, UN Doc. A/47/485 (30 September 1992), Annex, Letter dated 29 September 1992 from the Under-Secretary-General, the Legal Counsel, addressed to the Permanent Representatives of Bosnia and Herzegovina and Croatia to the UN.
- Human Rights Committee, 46TH Session, Summary Record of the 1200th Meeting, UN. Doc. CCPR/C/SR.1200 (13 April 1993).
- Human Rights Committee, General Comment No. 26, UN. Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.8/Rev.1 (8 December

1997).

- *Multilateral Treaties Deposited with the Secretary-General: Status as at 31 December 1996.*
- SC Resolution, UN Doc. S/RES/1326 (31 October 2000).
- SC Resolution, UN Doc. S/RES/757 (30 May 1992).
- SC Resolution, UN Doc. S/RES/777 (19 September 1992).
- SC Resolution, UN Doc. S/RES/808 (22 February 1993)
- SC Resolution, UN Doc. S/RES/827 (25 May 1993).
- SC, Provisional Verbatim Record of the 3116th Meeting, UN. Doc. S/ PV.3116 (19 September 1992).
- *UN Conference on Succession of States in Respect of Treaties*, 1977 Session and Resumed Session 1978, Official Records, Vol III, *Documents of the Conference*, UN. Doc. A/CONF.80/16/Add.2.
- *UN Conference on Succession of States in Respect of Treaties*, First Session, Official Records, *Summary records of the plenary meetings and of the meetings of the Committee of the Whole*, Vol. I, UN. Doc. A/CONF.80/16.
- *UN Conference on Succession of States in Respect of Treaties*, Resumed Session, Official Records, Vol. II, *Summary records of the plenary meetings and of the meetings of the Committee of the Whole*, UN. Doc. A/CONF.80/16/Add.1.
- UN Treaty Collection, https://treaties.un.org/Pages/ParticipationStatus.aspx?clang=_en (최종 접속 2017. 04. 28).

<ILC 자료>

- Draft Articles on the Law of Treaties with commentaries, 1966.
- YBILC, 1960, Vol. II, pp. 69–107 (Doc. A/CN.4/130: Sir G. Fitzmaurice's fifth report on the law of treaties)
- YBILC, 1964, Vol. II, pp. 26–34, A/CN.4/167, art. 63 and commentary, (Doc. A/CN.4/167 and Add.1–3: Sir H. Waldock's third report on the law of treaties).
- YBILC, 1968, Vol. I, Doc. A/CN.4/SER.A/1968.
- YBILC, 1974, Vol. II, Part 1, Doc. A/CN.4/SER.A/1974/Add.1 (Part One).

<그 외 자료>

- Bulletin of the European Communities, No 7/8 (1991), Vol. 24.
- Council of Europe Committee of Ministers, Resolution Doc. CM/Res (2007) 7 (9 May 2007).
- Federal Department of Foreign Affairs, Communication to the Governments of the States parties to the Geneva Conventions of 12 August 1949 for the Protection of War Victims, Continuity by the Russian Federation (Berne, 7 July 1992), https://www.eda.admin.ch/content/dam/eda/fr/document_s/aussenpolitik/voelkerrecht/geneve/920707_2-GENEVE_e.pdf (최종 접속 2017. 05. 02.)

- Federal Department of Foreign Affairs, Communication to the Governments of the States parties to the Geneva Conventions of 12 August 1949 for the Protection of War Victims, Continuity by the Russian Federation (Berne, 17 February 1993).
- <http://www.echr.coe.int/pages/home.aspx?p=basictexts> (최종 접속 2017. 07. 19.)
https://www.eda.admin.ch/content/dam/eda/fr/document/s/aussenpolitik/voelkerrecht/geneve/930217_1-GENEVE_e.pdf (최종 접속 2017. 07. 20).
- International Committee of the Red Cross, “Declaration of succession by the Republic of Tajikistan to the Geneva Conventions and their Additional Protocols” , *International Review of the Red Cross Archive*, Vol. 33, No. 293 (April 1993).
- International Committee of the Red Cross, “Declaration of succession to the Geneva Conventions and their Additional Protocols (Turkmenistan, Republic of Kazakhstan, Republic of Kyrgyzstan)” , *International Review of the Red Cross Archive*, Vol. 32, No. 291 (December 1992).
- Memorandum on Mutual Understanding on Issues of Succession to Treaties of the Former USSR having Mutual Interest, 6 July 1992.
- Republic of Slovenia Assembly, Declaration of Independence (Ljubljana, 25 June 1991).

[참조 판례]

- *Application for Revision of the Judgment of 11 July 1996 in the Case concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia, Preliminary Objections (Yugoslavia v. Bosnia and Herzegovina)*, Judgment, ICJ Reports 2003.
- *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Preliminary Objections, Judgment, ICJ Reports 1996.
- *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Judgment, ICJ Reports 2007.
- *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Provisional Measures, Order of 8 April 1993, ICJ Reports 1993.
- *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Yugoslavia)*, Judgment, ICJ Reports 2015.
- *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Yugoslavia)*, Preliminary Objections, Judgment, ICJ Reports 2008.

- *Case of Bjelić v. Montenegro and Serbia*, ECHR Application No. 11890/05, Judgment (28 April 2009).
- *Čelebići Case, Prosecutor v. Delalic et al.*, Appeals Chamber Judgment, ICTY Case No. IT-96-21-A (20 February 2001).
- *Čelebići Case, Prosecutor v. Delalic et al.*, Trial Chamber Judgment, ICTY Case No. IT-96-21-T (16 November 1998).
- *Continental Shelf Case (Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya)*, Judgment, ICJ Reports 1982.
- *Frontier Dispute (Burkina Faso/Mali)*, Judgment, ICJ Reports 1986.
- *Gabčíkovo–Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)*, ICJ Reports 1997.
- *Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador/Honduras)*, Judgment, ICJ Reports 1992.
- *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, Advisory Opinion, ICJ Reports 1971.
- *Legality of Use of Force (Serbia and Montenegro v. Belgium)*, Preliminary Objections, Judgment, ICJ

Reports 2004.

- *Legality of Use of Force (Yugoslavia v. Spain)*, Provisional Measures, Order of 2 June 1999, ICJ Reports 1999.
- *Legality of Use of Force (Yugoslavia v. U.S.)*, Provisional Measures, Order of 2 June 1999, ICJ Reports 1999.
- *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Jurisdiction and Admissibility, Judgment, ICJ Reports 1984.
- *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, Judgment, ICJ Reports 1986.
- *North Sea Continental Shelf, Judgment*, ICJ Reports 1969.
- *Reparations for injuries suffered in the service of the United Nations*, Advisory Opinion, ICJ Reports 1949.
- *Reservation to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, ICJ Reports 1951.

부 록

해당 연구의 제5장에서 주로 활용된 각 국가의 조약승계 현황이다.³⁵⁴ 표의 날짜는 가입 비준 등의 방식을 통해 당사국이 된 날짜를 의미한다. 단, ‘X’ 는 당사국이 아님, ‘S’ 는 서명, ‘D’ 는 승계를 지칭한다.

[표 1] 독일

국가 협약	서독	동독	통독
제노사이드 협약	1954. 11. 24	1973. 03. 27	1954. 11. 24
ICERD	1969. 05. 16	1973. 03. 27	1969. 05. 16
ICESCR	1973. 12. 17	1973. 11. 08	1973. 12. 17
ICCPR	1973. 12. 17.	1973. 11. 08	1973. 12. 17
OPICCPR	X	X	1993. 08. 25
공소시효 부적용 협약	X	1973. 03. 27	X
아파트헤 이트 협약	X	1974. 08.12	X
CEDAW	1985. 07. 10	1980. 07. 09	1985. 07. 10
CAT	1990. 10. 01	1987. 09. 09	1990. 10. 01
스포츠 아파 르트헤이트 협약	X	1986. 09. 15	X
CRC	1992. 03. 06	1990. 10. 02	1992. 03. 06

³⁵⁴ 이는 UN Treaty Collection, https://treaties.un.org/Pages/ParticipationStatus.aspx?clang=_en에서 확인 가능하다 (최종 접속 2017. 04. 28).

[표 2] 소련 1 (발트 3국)

국가 협약	러시아	에스토니아	라트비아	리투아니아
제노사이드 협약	1954. 05. 03	1991. 10. 21	1992. 04. 14	1996. 02. 01
ICERD	1969. 02. 04	1991. 10. 21	1992. 04. 14	1998. 06. 08
ICESCR	1973. 10. 16	1991. 10. 21	1992. 04. 14	1991. 11. 20
ICCPR	1973. 10. 16	1991. 10. 21	1992. 04. 14	1991. 11. 20
OPICCPR	1991. 10. 01	1991. 10. 21	1994. 06. 22	1991. 11. 20
공소시효 부적용 협약	1969. 04. 22	1991. 10. 21	1992. 04. 14	1996. 02. 01
아파트헤 이트 협약	1975. 11. 26	1991. 10. 21	1992. 04. 14	X
CEDAW	1981. 01. 23	1991. 10. 21	1992. 04. 14	1994. 01. 18
CAT	1987. 03. 03	1991. 10. 21	1992. 04. 14	1996. 02. 01
스포츠 아파 르트헤이트 협약	1987. 06. 11	1991. 10. 21	1992. 04. 14	X
CRC	1990. 08. 16	1991. 10. 21	1992. 04. 14	1992. 01. 31

[표 3] 소련 2 (우크라이나, 벨라루스)

국가 협약	러시아	우크라이나	벨라루스
제노사이드 협약	1954. 05. 03	1954. 11. 15	1954. 08. 11
ICERD	1969. 02. 04	1969. 03. 07	1969. 04. 08
ICESCR	1973. 10. 16	1973. 11. 12	1973. 11. 12
ICCPR	1973. 10. 16	1973. 11. 12	1973. 11. 12
OPICCPR	1991. 10. 01	1991. 07. 25	1992. 09. 30
공소시효 부적용 협약	1969. 04. 22	1969. 06. 19	1969. 05. 08
아파트헤이 트 협약	1975. 11. 26	1975. 11. 10	1975. 12. 02
CEDAW	1981. 01. 23	1981. 03. 12	1981. 02. 04
CAT	1987. 03. 03	1987. 02. 24	1987. 03. 13
스포츠 아파트헤이트 협약	1987. 06. 11	1987. 06. 19	1987. 07. 01
CRC	1990. 08. 16	1991. 08. 28	1990. 10. 01

[표 4] 소련 3-1 (CIS 4개국)

국가 협약	러시아	카자흐스탄	키르기즈스탄	우즈베키스탄	투르크메니스 탄
제노사이드 협약	1954. 05. 03	1998. 08. 26	1997. 09. 05	1999. 09. 09	X
ICERD	1969. 02. 04	1998. 08. 26	1997. 09. 05	1995. 09. 28	1994. 09. 29
ICESCR	1973. 10. 16	2006 01. 24	1994. 10. 07	1995. 09. 28	1997. 05. 01
ICCPR	1973. 10. 16	2006 01. 24	1994. 10. 07	1995. 09. 28	1997. 05. 01
OPICCPR	1991. 10. 01	2009. 06. 30	1994. 10. 07	1995. 09. 28	1997. 05. 01
공소시효 부적용 협약	1969. 04. 22	X	X	X	X
아파트트헤 이트 협약	1975. 11. 26	X	1997. 09. 05	X	X
CEDAW	1981. 01. 23	1998. 08. 26	1997. 02. 10	1995. 07. 19	1997. 05. 01
CAT	1987. 03. 03	1998. 08. 26	1997. 09. 05	1994. 06. 29	1999. 06. 25
스포츠 아파트 트헤이트 협약	1987. 06. 11	X	2005. 07. 19	X	X
CRC	1990. 08. 16	1994. 08. 12	1994. 10. 07	1994. 06. 29	1993. 09. 20

[표 5] 소련 3-2 (CIS 5개국)

국가 협약	타지키스탄	아르메니아	아제르바이잔	그루지야	몰도바
제노사이드 협약	2015. 11. 03	1993. 06. 23	1996. 08. 16	1993. 10. 11	1993. 01. 26
ICERD	1993. 10. 26	1993. 06. 23	1996. 08. 16	1999. 06. 02	1993. 01. 26
ICESCR	1999. 01. 04	1993. 09. 13	1992. 08. 13	1994. 05. 03	1993. 01. 26
ICCPR	1999. 01. 04	1993. 06. 23	1992. 08. 13	1994. 05. 03	1993. 01. 26
OPICCPR	1999. 01. 04	1993. 06. 23	2001. 11. 27	1994. 05. 03	2008. 01. 23
공소시효 부 적용 협약	X	1993. 06. 23	1996. 08. 16	1995. 03. 31	1993. 01. 26
아파트트헤 이트 협약	X	1993. 06. 23	1996. 08. 16	2005. 03. 21	2005. 10. 28
CEDAW	1993. 10. 26	1993. 09. 13	1995. 07. 10	1994. 10. 26	1994. 07. 01
CAT	1995. 01. 11	1993. 09. 13	1996. 08. 16	1994. 10. 26	1995. 11. 28
스포츠 아파 르트헤이트 협약	X	X	X	X	X
CRC	1993. 10. 26	1993. 06. 23	1992. 08. 13	1994. 06. 02	1993. 01. 26

[표 6] 유고슬라비아

국가 협약	구유고	신유고	슬로베니아	크로아티아	마케도니아	보스니아
제노사이드 협 약	1950. 08. 29	2001. 03. 12	1992. 07. 06 (D)	1992. 10. 12 (D)	1994. 01. 19 (D)	1992. 12. 29 (D)
ICERD	1967. 10. 02	2001. 03. 12 (D)	1992. 07. 06 (D)	1992. 10. 12 (D)	1994. 01. 19 (D)	1993. 07. 16 (D)
ICESCR	1971. 06. 02	2001. 03. 12 (D)	1992. 07. 06 (D)	1992. 10. 12 (D)	1994. 01. 19 (D)	1993. 09. 01 (D)
ICCPR	1971. 06. 02	2001. 03. 12 (D)	1992. 07. 06 (D)	1992. 10. 12 (D)	1994. 01. 19 (D)	1993. 09. 01 (D)
OPICPR	1990. 03. 14 (S)	X	1993. 07. 16	1995. 10. 12	1994. 11. 12	1995. 03. 01
공소시효 부적용 협약	1970. 06. 09	X	1992. 07. 06 (D)	1992. 10. 12 (D)	1994. 01. 19 (D)	1993. 09. 01 (D)
아파트헤이트 협약	1975. 07. 01	X	1992. 07. 06 (D)	1992. 10. 12 (D)	1994. 01. 18 (D)	1993. 09. 01 (D)
CEDAW	1982. 02. 26	2001. 03. 12 (D)	1992. 07. 06 (D)	1992. 09. 09 (D)	1994. 01. 19 (D)	1993. 09. 01 (D)
CAT	1991. 09. 10	2001. 03. 12 (D)	1993. 07. 16	1992. 10. 12 (D)	1994. 12. 12 (D)	1993. 09. 01 (D)
스포츠 아파트헤이트 협약	1989. 12. 22	X	X	1992. 10. 12 (D)	X	1993. 09. 01 (D)
CRC	1991. 01. 03	2001. 03. 12 (D)	1992. 07. 06 (D)	1992. 10. 12 (D)	1993. 12. 02 (D)	1993. 09. 01 (D)

Abstract

A Study on Automatic Succession of Human Rights Treaties

So–Min Park

School of Law

The Graduate School

Seoul National University

The concern for the human rights within international community is one of the main themes which constitutes the frame of international law. The development of concepts of human rights led to fundamental changes of international law system. Among them, automatic succession of human rights, which means that human rights treaties are not affected by state succession and are automatically binding on successor states, has been at the center of attention and concern. There has been a lot of discussion about this theory in academics and international organizations, but agreement on whether it is established or not has not been reached. Moreover, the aforementioned conflict of opinions is manifested in the jurisprudent of ICJ.

This study is aimed to delve into the theory and observe its status within international law. In this regard, Chapter 2 covers

the issue of general treaty succession. Chapter 3 examines theories on automatic succession, including territorial treaties, law-making treaties, and human rights treaties. From these analysis, this piece of work could contribute to finding similarities and differences among them.

Chapter 4 proceeds on how international courts have examined this issues. In particular, *Bosnian Genocide Case* and *Croatian Genocide Case* before ICJ were useful in deepening the level of analysis. In addition, the judgments of the ICTY and ECHR provided the possibility of establishment of automatic succession of human rights treaties.

Lastly, Chapter 5 focuses on relevant state practice. The implication of examination on state practice is very meaningful, because results from the examination of theories and judgments are still unclear. Unification of Germany, separation of Soviet Union and dissolution of Yugoslavia were studied.

The final conclusion of this study tried to find whether automatic succession of human rights treaties is established or not, demonstrate the drawbacks of automatic succession of human rights treaties and suggest the direction of improvement. Particularly, theoretical defects, ambiguity of judgment from international courts, contradiction with state practice were stated as main problems. There is a need to pay more attention on how it will overcome the acute tension with state sovereignty.

Keywords : Human Rights Treaties, Automatic Succession,
Vienna Convention on Succession of States in Respect of
Treaties, Bosnian Genocide Case, State Practice

Student Number : 2015-21416